Die ungetreue Geschäftsführung (Art. 159 StGB)

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

ALEX VOLLMAR
von Wil (SG)

1977

Juris Druck + Verlag Zürich
1978

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548108_0028

Die ungetreue Geschäftsführung (Art. 159 StGB)

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

ALEX VOLLMAR
von Wil (SG)

Juris Druck + Verlag Zürich
1978

Die Fakultät hat diese Arbeit am 16. Juni 1977 auf Antrag von Prof. Dr. H. Walder als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

ISBN 3 260 04469 8

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis VII

Vorbemerkung XVII

§ 1 Die historischen Wurzeln des Tatbestandes 1

I. Die Entwicklung des Untreuebegriffes 1

II. Die Ausgestaltung des Untreuetatbestandes in Deutschland 5

1. Die Fassung des alten § 266 DStGB 5

2. Die Ausgestaltung des neuen § 266 DStGB 7

III. Die Entwicklung des Tatbestandes der ungetreuen Geschäftsführung in der Schweiz 11

1. In den kantonalen Gesetzbüchern 11

2. In den einzelnen Vorentwürfen 12

§ 2 Die systematische Stellung von Art. 159 StGB bei den Vermögensdelikten 19

I. Das Schutzobjekt von Art. 159 StGB 20

II. Zur Bedeutung und Notwendigkeit von Art. 159 StGB 22

§ 3 Der Täterkreis 26

I. Einleitung 26

1. Die Problematik einer Generalklausel 26

2. Zur Einschränkung des Täterkreises 27

3. Vergleich zwischen den beiden Generalklauseln in Art. 159 StGB und § 266 DStGB 28

II. Der Begriff der Geschäftsführung 31

1. Das Marginale "Ungetreue Geschäftsführung" 31

2. Der Begriff der Geschäftsführung im zivilrechtlichen Bereich 33

3. Der Geschäftsführungsbegriff des Art. 159 StGB 38

III. Die Begründung der Fürsorgepflicht 50

1. Gesetzliche Begründung 50

2. Vertragliche Begründung 51

3. Verpflichtung aus Organstellung 55

4. Die Massgeblichkeit besonderer zivilrechtlicher Verhältnisse 57

§ 4 Die tatbestandsmässige Handlung 66

I. Das Handlungsobjekt 66

1. Der Begriff des Handlungsobjektes 66

2. Vermögensbegriff des Art. 199 StGB 67

II. Das Handeln des Geschäftsführers 70

1. Handeln in der Eigenschaft als Geschäftsführer 70

2. Rechtsgeschäftliches und tatsächliches Handeln 71

3. Begehungs- und Unterlassungshandlung 72

III. Das Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit der Handlung 76

1. Zur Notwendigkeit dieses Tatbestandsmerkmales 76

2. Begriff der Pflichtwidrigkeit 76

3. Kriterien zur Ueberprüfung der Pflichtwidrigkeit 77

4. Das "erlaubte Risiko" und die "Einwilligung des Verletzten" 78

IV. Geschäftsführungskollisionen 80

§ 5 Der tatbestandsmässige Schaden 83

I. Der Begriff des Schadens 83

1. Der Vermögensschaden 83

2. Schaden durch Vermögensverminderung 85

3. Schaden durch Unterlassung der Vermögensvermehrung 85

4. Vorübergehender Schaden 86

5. Blosse Vermögensgefährdung 89

II. Zur Schadensberechnung 90

III. Die Bedeutung des Schadenseintrittes 91

§ 6 Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Schaden 93

§ 7 Rechtswidrigkeit und Rechtfertigungsgründe 95

I. Die Rechtswidrigkeit 95

II. Die Rechtfertigungsgründe 95

§ 8 Die Schuld 97

I. Das Erfordernis der vorsätzlichen Begehung 97
1. Die verschiedenen Vorsatzformen 97
2. Der Ausschluss der Fahrlässigkeit 100
3. Die vom Vorsatz zu erfassenden Merkmale 102
II. Ausschluss des Vorsatzes durch Ersatzbereitschaft 104
III. Der Irrtum, insbesondere der Tat- und Rechtsirrtum 105
1. Im Allgemeinen 105
2. Der Sachverhaltsirrtum 105
3. Der Rechtsirrtum 106

§ 9 Die ungetreue Geschäftsführung als Offizial- und als Antragsdelikt 108

I. Als Offizialdelikt 108
1. Der Grundtatbestand (Abs. 1) 108
2. Der qualifizierte Tatbestand (Abs. 2) 109
II. Als Antragsdelikt (Abs. 3) 110
1. Begriff des Angehörigen und Familiengenossen 110
2. Das relative Antragsdelikt 111

§ 10 Die Verjährung 113

§ 11 Täterschaft und Teilnahme 114

I. Einleitung 114
II. Mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft 115
1. Mittelbare Täterschaft 115
2. Mittäterschaft 116
III. Anstiftung und Gehilfenschaft 118
1. Anstiftung 118
2. Gehilfenschaft 119
3. Bei einem Sonderdelikt 120

§ 12 Der Versuch 121

I. Die Vollendung 121
II. Die verschiedenen Versuchsarten 121
1. Unvollendeter Versuch 121
2. Vollendeter Versuch 123
3. Untauglicher Versuch 123

§ 13 Die Annahme von Schmiergeldern als Anwendungsfall der ungetreuen Geschäftsführung 12

I. Einleitung 12
II. Die Arten von Zuwendungen 12
III. Die zivilrechtliche Beurteilung der Zuwendungen 12
1. Der Zuwendungen allgemein 12
2. Der Schmiergelder im Besonderen 13
IV. Die Annahme von Schmiergeldern durch den Geschäftsführer als ungetreue Geschäftsführung 13
1. Einleitende Bemerkungen 13
2. Die Annahme von Schmiergeldern als Veruntreuung? 134
3. Die Subsumtion unter Art. 159 StGB 135
4. Das Geben von Schmiergeldern durch den Geschäftspartner als Anstiftung zu Art. 159 StGB 141
5. Zusammenfassende Beurteilung 143
V. Weitere Tatbestände zur Bekämpfung des Schmiergeldunwesens 144
1. Aktive und passive Bestechung 144
2. Die Annahme von Geschenken 145
3. Weitere Bestechungstatbestände des Strafgesetzbuches 146
4. Der Bestechungstatbestand des UWG 147

§ 14 Abgrenzungs- und Konkurrenzfragen 149

I. Zu den einzelnen Konkurrenzbegriffen 149
1. Ideal- und Realkonkurrenz 149
2. Die unechte Gesetzeskonkurrenz 150
II. Das Verhältnis der ungetreuen Geschäftsführung zu verwandten Tatbeständen 152
1. Zur Veruntreuung 152
2. Zur ungetreuen Amtsführung 155
III. Das Verhältnis zu anderen Vermögensdelikten 156

LITERATURVERZEICHNIS

Die Autoren, deren Zitierweise im folgenden Verzeichnis nicht ausdrücklich erwähnt ist, werden nur mit dem Namen zitiert; bei Abhandlungen in Zeitschriften ist die betreffende Fundstelle angegeben.

I. Bücher und Abhandlungen

Amsler Jürg	Zur Abgrenzung zwischen Diebstahl und Veruntreuung, Diss. Bern 1972
Ardinay Henri	Der Betrug nach dem schweizerischen Strafgesetzbuch, ZStrR 86/1970 225 ff
Barth Ignaz	Die ungetreue Geschäftsführung, insbesondere nach dem Strafrechtsentwurf von 1918, Diss. Zürich 1922
Baumann Jürgen	Pönalisierung von Kaufverträgen durch Eigentumsvorbehalt, ZStW 68/1956 552 ff
-	Strafrecht - Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bielefeld 1974
Becker H.	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184-551), Bern 1934
Benz Walter	Die Treuepflicht des Gesellschafters, Diss. Zürich 1947
Binding Karl	Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts - Besonderer Teil, Band I, 2. Aufl., Leipzig 1902
von Büren Bruno	Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1957 (zit. Kommentar)
-	Der Straftatbestand des unlauteren Wettbewerbs und verwandte Tatbestände, Referat am Kriminalistischen Institut des Kantons Zürich, WS 1966/67, vervielfältigt (zit. Straftatbestände des UWG)
Bürgi Wolfhart F.	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft (Art. 698-738), Zürich 1969
Büttner Helmut	Vermögensdelikte im schweizerischen StGB und im kommenden deutschen Strafrecht, Diss. Freiburg i.Br. 1940

Cartier Robert	Der objektive Tatbestand der strafbaren Untreue, Diss. Bern 1902
Dubs H.	Zur Problematik der relativen Antragsdelikte, ZStrR 71/1956 70 ff
Egger A.	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II: Das Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft (Art. 252-359), 2. Aufl., Zürich 1943
Frank Reinhard	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Recht, 18. Aufl., Tübingen 1931
-	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Recht - Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935, Tübingen 1936 (zit. Nachtrag)
Freudenthal Bruno	Die Untreue, in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Band VIII, Berlin 1906
Funk Fritz	Kommentar des Obligationenrechts, zweiter Band: Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951
Furger Jürg	Unrechtsbewusstsein - Bewusstsein der Rechtswidrigkeit - Rechtsirrtum (ein Beitrag zur Schuldlehre des Strafrechts, in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, N.F. Heft 211, Aarau 1958
Gautschi Georg	Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht - Das Obligationenrecht, 2. Abt.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse 4. Teilband: Der einfache Auftrag (Art. 394-406), 3. Aufl., Bern 1971 5. Teilband: Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 407-424), 2. Aufl., Bern 1964
Gerhard Franz	Geschäftsführung im fremden Interesse, Diss. Basel 1927 (Maschinenschrift)
Germann Oscar A.	Interpretation gemäss den angedrohten Strafen, ZStrR 54/1942 345 ff
-	Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942 (zit. Verbrechen)
-	Concurrence déloyale - Unlauterer Wettbewerb - Concorrenza sleale, Zürich 1945 (zit. Wettbewerb)
-	Vorsatzprobleme, ZStrR 77/1961 345 ff

Germann Oscar A.	Schweizerisches Strafgesetzbuch, Taschenausgabe, 8. Aufl., Zürich 1966 (zit. Taschenausgabe)
Gersbach Willy	Le délit de gestion déloyale. Etude de l'article 159 du code pénal suisse, Diss. Lausanne 1949
Gerwig Max	Schweizerisches Genossenschaftsrecht, Bern 1957
Giacometti Zaccaria	Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960
Gmür Roland	Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, N.F. Heft 219, Aarau 1959
Graven Jean	Ungetreue Geschäftsführung (Art. 159 StGB), SJK Nr. 1035
-	Le délit de gestion déloyale en droit suisse, SJZ 44/1948 81 ff
Guhl/Merz/Kummer	Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zürich 1972 (zit. Guhl)
Gukelberger Beatrice	Die Absichtsdelikte des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Diss. Bern 1968
Gutzwiller Max	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Das Obligationenrecht, 6. Teil: Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung, Zürich 1973
Haab Hans R.	Die Ergänzung des zivilrechtlichen Aktionärsschutzes durch das Strafrecht, Diss. Basel 1950 (Maschinenschrift)
Hafter Ernst	Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts - Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946 (zit. AT)
-	Schweizerisches Strafrecht - Besonderer Teil, 1. Hälfte, Berlin 1937 (zit. I) 2. Hälfte, Berlin 1943 (zit. II)
Hirzel Oskar	Das Schmiergeldunwesen und die Rechtsbehelfe der davon Beeinträchtigten nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1930
His Rudolf	Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Band II, Weimar 1935

Hochstrasser Candid	Die ungetreue Geschäftsführung (Art. 159 StGB), Kriminalistik 1967 99 ff und 155 ff
Hofer Alexander	Die Untreue bezw. die ungetreue Geschäftsführung nach den geltenden schweizerischen kantonalen Strafgesetzen, unter Berücksichtigung des deutschen Reichsstrafgesetzbuches und des Entwurfes von 1918 zu einem schweizerischen Strafgesetzbuche, Diss. Erlangen 1937
Hürlimann Emil R.	Die Bedeutung des Deliktbetrages im schweizerischen StGB, Diss. Zürich 1955
Jescheck Hans-Heinrich	Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1972
Imboden Max	Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I: Grundfragen, 3. Aufl., Basel 1968 (zit. I) Band II: Besondere Fragen, Organisation und Verfahren, 3. Aufl., Basel 1969 (zit. II)
Kingsley Ralph E.	Das Untreuerecht Deutschland's, Oesterreich's und der Schweiz in rechtsgeschichtlicher, rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Darstellung, Diss. Basel 1945 (vorgelegt 1934 unter Kleemann Ralph E.)
Kohlrausch-Lange	Strafgesetzbuch, 39. und 40. Aufl., Berlin 1950
Kraft Alfons	Zur rechtlichen Problematik der Schmiergelder - BGH Z 39 1, JuS 1963 473 ff
Leipziger Kommentar	Strafgesetzbuch, 9. Aufl., Berlin 1974 (8. Aufl., Berlin 1958, zit. 8. Aufl.)
Liszt-Schmidt	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin und Leipzig 1927
Logoz Paul	Commentaire du Code pénal Suisse, Partie spéciale I, Neuchâtel 1955
Maday Denis	Fiduziarische Rechtsverhältnisse, SJK Nr. 732, 732 a und 733
Mattes Heinz	Untreue bei doppeltem Treueverhältnis - BGH St 12 207, JuS 1961 184 ff

Maurach Reinhart	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1965 (zit. AT) Besonderer Teil, 5. Aufl., Karlsruhe 1969 (zit. BT)
Meier-Hayoz/Forstmoser	Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, Bern 1974
Meyer René	Die Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, Diss. Zürich 1972
Mohler Markus	Der Versuch beim Unterlassungsdelikt, Diss. Basel 1971 (Maschinenschrift)
Noll Peter	Gewaltenteilung und Unabhängigkeit des Richters im Strafrecht, ZStrR 75/1959 294 ff
-	Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, ZStrR 80/1964 160 ff
Nager Manfred	Die ungetreue Geschäftsführung nach schweizerischem Strafgesetzbuch (Art. 159), Diss. Basel 1946 (Maschinenschrift)
Oser-Schönenberger	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Das Obligationenrecht, 2. Teil: Art. 184-418, 2. Aufl., Zürich 1936
Ostertag Fritz	Zum Begriff der Untreue, SJZ 35/1938/39 289 ff
Pfenninger Hans F.	Das schweizerische Strafrecht, in: Mezger, Schönke, Jescheck: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Band II, 149 ff, Berlin 1957
von Rechenberg Diether	Die rechtswidrige Verwendung übergebener Gelder im Hinblick auf die Tatbestände des Betruges, der Veruntreuung und der ungetreuen Geschäftsführung, Kriminalistik 1962 477 ff, 533 ff und 583 ff
Rehberg Jürg	Die Lehre vom "erlaubten Risiko", Diss. Zürich 1962
-	Der Strafantrag, ZStrR 85/1969 247 ff
Rimann Bernhard R.	Wirtschaftskriminalität. Die Untersuchung bei Wirtschaftsdelikten, Diss. Zürich 1973
Rosenthal Alfred	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 9. Aufl., Berlin 1969

Schmid Niklaus	Zur Frage der Abgrenzung der Veruntreuung (Art. 140 StGB) zur ungetreuen Geschäftsführung (Art. 159 StGB), SJZ 68/1972 117 ff
-	Fragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Schwindel- und Strohmanngesellschaften, ZStrR 87/1971 247 ff
Schmidlin Walter	Typische Wirtschaftsdelikte auf dem Gebiet des Aktienrechts, ZStrR 85/1969 370 ff
Schnyder Oscar	Täterschaft und Teilnahme bei den Sonderdelikten des Schweizerischen Strafgesetzbuches, in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, N.F. Heft 235, Aarau 1962
Schönenberger-Jäggi	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529), Teilband V/1a, 3. Aufl., Zürich 1973
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, Kommentar, 11. Aufl., München und Berlin 1963
Schubarth Martin	Reformbedürftigkeit der Vorschriften über die Aneignungsdelikte? ZStrR 88/1972 282 ff
Schultz Hans	Aus der Praxis erstinstanzlicher Gerichte, ZbJV 90/1954 469 ff
-	Täterschaft und Teilnahme im modernen schweizerischen Strafrecht, ZStrR 71/1956 244 ff
-	Falsche Anschuldigung, Irreführung der Rechtspflege und falsches Zeugnis, ZStrR 73/1958 213 ff
-	Tat- und Rechtsirrtum, Referat im Kurs für Strafuntersuchungsbeamte des Kantons Zürich, 1959, vervielfältigt (zit. Irrtum)
-	Kartellabrede und Strafrecht, ZStrR 74/1959 257 ff
-	Das Unterlassungsdelikt, Referat am Kriminalistischen Institut des Kantons Zürich, WS 1964/65, vervielfältigt (zit. Unterlassungsdelikte)
-	Ideal-, Real- und unechte Konkurrenz, Referat am Kriminalistischen Institut des Kantons Zürich, WS 1967/68, vervielfältigt (zit. Konkurrenz)

Schultz Hans	Allgemeine Aspekte der Wirtschaftskriminalität, Referat am Kriminalistischen Institut des Kantons Zürich, WS 1970/71, vervielfältigt (zit. Wirtschaftskriminalität)
-	Notwendigkeit und Aufgaben der dritten Teilrevision des schweizerischen Strafgesetzbuches, ZStrR 88/1972 225 ff
-	Die Teilnahme gemäss schweizerischem StGB, Referat am Kriminalistischen Institut des Kantons Zürich, WS 1972/73, vervielfältigt (zit. Teilnahme)
-	Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, 1. Band: Die allg. Voraussetzungen der kriminalrechtlichen Sanktionen, Bern 1973 (zit. I) 2. Band: Die kriminalrechtlichen Sanktionen. Das Jugendstrafrecht, Bern 1973 (zit. II)
-	Das materielle Verwaltungsstrafrecht, 1974, vervielfältigt (zit. Verwaltungsstrafrecht)
-	Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1960, ZbJV 98/1962 97 ff im Jahre 1966, ZbJV 103/1967 417 ff im Jahre 1967, ZbJV 104/1968 425 ff im Jahre 1969, ZbJV 106/1970 329 ff im Jahre 1971, ZbJV 108/1972 332 ff im Jahre 1974, ZbJV 111/1975 481 ff
Schwander Vital	Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1964
-	Vermögen, Vermögensschädigung, Bereicherung, ZStrR 78/1962 334 ff
Seher Inge	Die aktienrechtliche Untreue in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Berlin 1965
Siegwart Alfred	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Das Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (Art. 530-619), Zürich 1938
von Steiger F.	Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 1970
von Steiger Werner	Schweizerisches Privatrecht, 8. Band: Handelsrecht, 1. Halbband, Basel und Stuttgart 1976

Stooss Carl	Die schweizerischen Strafgesetzbücher, Basel und Genf 1890 (zit. Strafgesetzbücher)
-	Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Band II, Besonderer Teil, Basel und Genf 1893 (zit. Grundzüge)
-	Schweizerisches Strafgesetzbuch - Vorentwurf mit Motiven, Bern 1894 (zit. Motive)
Stratenwerth Günter	Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, Berlin, Bonn, München 1971 (zit. Straftat)
-	Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen (Seite 1-298), Bern 1973 Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen (Seite 299-675), Bern 1974
Thalmann Anton	Die Treuepflicht der Verwaltung der Aktiengesellschaft, Diss. Bern 1975
Thormann/von Overbeck	Schweizerisches Strafgesetzbuch, 1. Band: Allgemeine Bestimmungen, Zürich 1940 2. Band: Besondere Bestimmungen, Zürich 1941
Trechsel Stefan	Der Strafgrund der Teilnahme, in: Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Heft 381, Bern 1967
Walder Hans	Die ungetreue Geschäftsführung nach Art. 159 StGB, Referat am Kriminalistischen Institut des Kantons Zürich, WS 1968/69, vervielfältigt
-	Die Kausalität im Strafrecht, ZStrR 93/1977 113 ff
Welzel Hans	Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969
Winter Hans-Werner	Die Regelung der Untreue in § 263 E 62 und ihr Verhältnis zur Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshof zu § 266 n.F. StGB, Diss. Heidelberg 1968
Zürcher Emil	Schweizerisches Strafgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, Bern 1914

II. Materialien

Verhandlungen der Expertenkommission des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, 1893-1895, Band I (zit. 1. Exp.-Kommission I) Band II (zit. 1. Exp.-Kommission II)

Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Bern 1896 (zit. VE 1896)

Bericht über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Bern 1899 (zit. Bericht VE 1896)

Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Bern 1903 (zit. VE 1903)

Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch - Februar 1908, Bern 1908 (zit. VE Februar 1908)

Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch - April 1908, Bern 1909 (zit. VE April 1908)

Protokoll der 2. Expertenkommission, Band II: September/ Oktober 1912, Luzern 1913 (zit. 2. Exp.-Kommission)

Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, August 1915 (zit. VE 1915)

Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Oktober 1916 (zit. VE 1916)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 23. Juli 1918 (zit. Botschaft)

Schweizerisches Strafgesetzbuch, Stenographische Verhandlungsberichte, Frühjahrssession 1928 bis Wintersession 1937, National- und Ständerat (zit. Sten. Bull. Nationalrat/ Ständerat)

III. Periodika

Schweiz

AS	Sammlung der Eidgenössischen Gesetze
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BlZR	Blätter für Zürcherische Rechtssprechung
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes in Graubünden
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
RS	Rechtsprechung in Strafsachen
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
-	Statistische Quellenwerke der Schweiz; die Strafurteile in der Schweiz, herausgegeben vom Eidgenössischen Statistischen Amt in Bern

Deutschland

BGH St	Entscheidungen des Bundesgerichtes in Strafsachen
BGH Z	Entscheidungen des Bundesgerichtes in Zivilsachen
JuS	Juristische Schulung (München)
Kriminalistik	Kriminalistik - Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis (Hamburg)
RG St	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Berlin)

VORBEMERKUNG

Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung war vor Erlass des Strafgesetzbuches im Jahre 1942 in unserem Recht praktisch unbekannt. Auch in den kantonalen Strafgesetzbüchern waren ähnliche Bestimmungen nur vereinzelt zu finden. So diente das deutsche Recht als Vorbild für den heutigen Art. 159 StGB.

Anstoss und Ausgangspunkt für diese Arbeit war ein Referat über die ungetreue Geschäftsführung nach Art. 159 StGB, das Herr Prof. Dr. H. Walder im Wintersemester 1968/69 am Kriminalistischen Institut des Kantons Zürich gehalten hat.

Ziel dieser Dissertation ist es, eine möglichst umfassende Darstellung über die ungetreue Geschäftsführung zu geben, unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung und mit einem Ueberblick über die Entwicklung des deutschen Vorbildtatbestandes.

Schliesslich wird als konkreter Anwendungsfall die Frage geprüft, ob und unter welchen Bedingungen die Annahme von Schmiergeldern als ungetreue Geschäftsführung bezeichnet werden kann.

§ 1 DIE HISTORISCHEN WURZELN DES TATBESTANDES

I. Die Entwicklung des Untreuebegriffes

Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung, in den früheren kantonalen und ausländischen Strafgesetzbüchern als "Untreue" bezeichnet, hat sich im Vergleich zu anderen Vermögensdelikten relativ spät zu einem eigenständigen Delikt herausgebildet [1]. Auch wenn der historische Werdegang für das eigentliche Verständnis dieses Deliktes von einiger Bedeutung ist, möchten wir uns hier auf die Darstellung der wichtigsten Stufen der Entwicklung beschränken. Für ausführliche Darlegungen kann auf die bereits bestehende Literatur verwiesen werden [2].

Der Begriff der Untreue erscheint wohl bereits im mittelalterlichen Feudalsystem, worunter allerdings der Bruch eines persönlichen Treueverhältnisses verstanden wurde und somit ohne nähere Beziehung zu unserem Untreuebegriff steht [3]. Im Mittelalter bestand neben einem engeren Diebstahlsbegriff (als "bewusst-widerrechtliche heimliche Wegnahme einer fremden beweglichen Sache aus fremdem Gewahrsam in der Absicht der Aneignung" [4]) noch der weitere Begriff, der nebst dem eigentlichen Diebstahl auch andere Vermögensvergehen umfasste, so auch Unterschlagung und die verschiedenen Fälle von Betrug [5]. Heute wird jedoch die Ansicht vertreten, dass die Untreue auch nicht durch den weiteren Diebstahlsbegriff erfasst wurde, liegt doch bei der Untreue nicht ein Gewahrsamsbruch vor, denn das Gut ist dem Täter bereits vor der Tat anvertraut [6].

1) Barth 15, Nager 12
2) Kingsley 23 ff, Cartier 71 ff, ferner Hofer 13 ff und Barth 13 ff
3) His 30 ff, Hofer 13, Cartier 76
4) His 175
5) His 174 ff
6) Nager 12, Cartier 75, vgl. auch Kingsley 25 ff; a.M. His 174 ff und 217 ff)

Einige Autoren [7] vermuten im Art. 170 der Peinlichen Halsgerichtsordnung Karl's V. von 1532 (Carolina) bereits einen Untreuetatbestand. Der Text von Art. 170 lautet [8]:
"Item welcher mit eyns andern güttern, die jm im guttem glauben zu behalten und verwaren gegeben sein, williger und geverlicher weiss, dem gläubiger zu schaden handelt, solch missethatt ist eynem diebstall gleich zu straffen."
Hier wird die schädigende Handlung des Depositars unter Strafe gestellt [9]. Dass darin jedoch bereits die erste Form eines Untreuetatbestandes enthalten sei, verneint Cartier, da nebst dem "behalten" und "verwahren" nicht auch von Handlungen im Sinne des Verfügens oder Verwaltens die Rede sei und somit gar keine Verletzung einer für eine Untreuehandlung notwendigen Vertreterqualität vorliege [10]. Doch bereits in den Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 ist eine Erweiterung insofern feststellbar, als der Vormund bei ungetreuen Handlungen seinem Mündel oder dessen Vermögen gegenüber bestraft wird [11]. Bereits hier weist nun Kingsley nach, dass trotz der Wendung "bei seinem Pflegkind oder dessen Gütern" lediglich die Schädigung vermögensrechtlicher Interessen erfasst wird [12]. Das Preussische Allgemeine Landrecht von 1794 führte in den §§ 1329 ff verschiedene Handlungen, denen die "Verletzung der Pflicht zur Treue und Redlichkeit" [13] gemeinsam war, als Untreue auf, allerdings noch nicht als eigenständiges Delikt, sondern als ein Spezialfall des Betrugs [14]. Die grösste Bedeutung des Landrechts liegt jedoch darin, dass nun auch

---

7) Kingsley 27, Nager 13
8) zitiert nach Cartier 79
9) Barth 14, Cartier 79 N. 1
10) Cartier 79 f
11) Cartier 81, Barth 14 f, Nager 13
12) Kingsley 33 f; a.M. Cartier 81
13) Cartier 82
14) vgl. dazu Cartier 82 f, mit Aufzählung der einzelnen Tatbestände wie Veruntreuung des Gesindes und der Hausgenossen, Unterschlagung von Geldern und Naturalien durch Privatverwalter

die Untreue der Privatbevollmächtigten unter Strafe gestellt wird, während bis anhin für Privatrechtsverhältnisse ein strafrechtlicher Schutz für nicht nötig erachtet wurde und lediglich die Beamtenuntreue verfolgt wurde [15].

Als erster selbständiger Untreuetatbestand tritt uns der § 246 des Preussischen Strafgesetzbuches von 1851 entgegen [16]. Allerdings erscheint hier wieder eine Beschränkung der Untreue auf die öffentlichen Funktionäre [17], die dann aber bereits im Strafgesetzentwurf für den Norddeutschen Bund aufgegeben und die Untreue wieder auf die Privatbevollmächtigten ausgedehnt wurde [18]. In dieser Form ging dann der Untreuetatbestand als § 266 in das Reichsstrafgesetzbuch über [19].

Die Verselbständigung des Untreuebegriffes, wie sie im preussischen Strafgesetzbuch erfolgte, setzte jedoch voraus, dass die Begriffe des Diebstahls und der Unterschlagung geklärt und getrennt werden konnten, um die Untreue aus der Verflechtung mit diesen beiden Begriffen zu lösen. Zu dieser Entwicklung sei auf die ausführliche Darstellung bei Kingsley verwiesen [20].

Zum Abschluss dieses Ueberblickes sei doch noch auf die widerstreitenden Ansichten über den eigentlichen Charakter

---

15) Kingsley 31 f, Cartier 83 und 34 f

16) § 246 Abs. 1, zitiert nach Kingsley 202:
"Wegen Untreue werden mit Gefängnis nicht unter drei Monaten, sowie mit zeitiger Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte bestraft:
1. Vormünder, Kuratoren, Sequester, Testamentsexekutoren und Verwalter von Stiftungen, wenn sie vorsätzlich zum Nachteil der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln;
2. Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner oder andere Gewerbetreibende, welche zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit besonders verpflichtet sind, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften vorsätzlich diejenigen benachteiligen, deren Geschäfte sie besorgen."

17) Cartier 86 ff, Barth 15

18) Cartier 86 ff, Kingsley 38 f

19) Cartier 88, Kingsley 39

20) Kingsley 25 ff, ferner Maurach BT 338

des Untreuetatbestandes in dieser Entwicklungsphase hingewiesen. Der Ausgestaltung der Untreue im Reichsstrafgesetzbuch wird allgemein der Charakter eines Vermögensdeliktes zuerkannt [21]. Nager und Cartier sehen aber bis zu diesem Zeitpunkt in der Untreue noch ein eigentliches Treuebruchdelikt, da erst durch diese Ausdehnung der Untreue auf die Privatbevollmächtigte das bis anhin spezifische Treueverhältnis bei der Beamtenuntreue, begründet durch die öffentlich-rechtliche Stellung des Täters, verschwunden und somit die Untreue vom Tatbestand her als Vermögensdelikt zu betrachten sei [22]. Diese Argumentation kann wenig überzeugen. Vielmehr ist den recht ausführlichen Darstellungen Kingsley's zu folgen, wonach die Untreue seit jeher als Vermögensdelikt zu betrachten ist [23]. Denn lediglich die Untreue des Feudalstaates war als eigentlicher Vertrauensbruch strafbar, lag ihr doch wesentlich ein persönliches Verhältnis zugrunde. Dass aber unser Untreuebegriff mit dieser Erscheinung in keinem Zusammenhang steht, wurde eingangs bereits erwähnt [24]. Die eigentlichen Vorläufer unseres heutigen Untreuetatbestandes schützen stets das Vermögen vor Verletzungen, wobei allerdings ein besonderes Vertrauensverhältnis vorliegen musste, sei dies nun bei der Beamten- oder Vormundsuntreue, sei es bei der Untreue eines Privatbevollmächtigten [25]. Die Untreue charakterisiert sich demzufolge am Ende dieser Entwicklung als eine Vermögensschädigung durch Verletzung eines besonderen Vermögensfürsorgeverhätlnisses [26].

---

21) Cartier 89, Barth 15 f, Hofer 15
22) Cartier 89, Nager 14
23) Kingsley 33 ff, insb. 35, ebenso Hofer 13 ff
24) vorne 1
25) vgl. Kingsley 36
26) Kingsley 49

II. Die Ausgestaltung des Untreuetatbestandes in Deutschland

1. Die Fassung des alten § 266 DStGB

Die Fassung des § 266 des deutschen Strafgesetzbuches von 1871 [27], von der Maurach wenig rühmend als einer "in ihrer Kasuistik tragikomischen Aufzählung von Berufsgruppen mit Treuepflicht kraft Amtes" spricht [28], offenbarte schon bald jene Nachteile, die einer kasuistischen Umschreibung des Tatbestandes innewohnen, nämlich die Lückenhaftigkeit [29], was zu stossenden Ungleichheiten führen muss, und die Unelastizität der Gesetzesbestimmung, die der realen Entwicklung selten zu folgen vermag [30]. Dies führte notgedrungen dazu, dass in Nebengesetzen der Kreis der möglichen Untreue-Täter fortlaufend erweitert werden musste [31], was gerade im Gebiete des Strafrechts äusserst unbefriedigend ist.

Während in Ziffer 1 und 3 des Abs. 1 offensichtlich verschiedene Kategorien von ungetreuen Vermögensverwaltern erfasst werden sollten, konnte man in der Ziffer 2 der Ver-

---

27) § 266 aF DStGB, zitiert nach Kingsley 203, lautet:
"Wegen Untreue werden mit Gefängnis, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, bestraft:
1. Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen, wenn sie absichtlich zum Nachteil der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln;
2. Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteil desselben verfügen;
3. Feldmesser, Versteigerer, Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer, Stauer und andere zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtete Personen, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachteiligen, deren Geschäfte sie besorgen.

Wird die Untreue begangen, um sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, so kann neben der Gefängnisstrafe auf Geldstrafe erkannt werden."

28) Maurach BT 338

29) Freudenthal 109, 138

30) vgl. Hochstrasser, Kriminalistik 1967, 100

31) vgl. dazu Liszt-Schmidt 656 f, Kingsley 56 ff

suchung nicht widerstehen, in der durch die historische Entwicklung eben erreichte Trennung (im preussischen StGB) zwischen Unterschlagung und Untreue wieder eine Verbindung zu schaffen, indem der Untreue eine weitreichende Ergänzungsfunktion zur Unterschlagung zugedacht wurde [32], nicht zuletzt, um auch jene Fälle erfassen zu können, wo weder Unterschlagung noch Diebstahl gegeben sind, wo also der Täter die Sache weder in Gewahrsam noch durch eine Wegnahme-Handlung erlangt hatte [33]. Diese Ziffer 2 gab dann Anlass zu einem Theorienstreit über das eigentliche Wesen des Untreuetatbestandes [34]. Die hauptsächlich von der Wissenschaft vertretene Missbrauchstheorie sah die Untreue im Missbrauch einer rechtlich verliehenen Machtstellung [35], während bei der Treuebruchtheorie - entwickelt vom Reichsgericht - das Hauptgewicht auf das Treueverhältnis zwischen dem Täter und dem Geschädigten gelegt wurde [36]. Jede Vermögensschädigung unter Verletzung eines Treueverhältnisses wurde somit als Untreue betrachtet, selbst dann, wenn das Treueverhältnis nur faktisch existierte, ohne dass es durch ein zivilrechtlich gültiges Rechtsgeschäft begründet sein musste, wie das bei der Missbrauchtheorie erforderlich war [37]. Eine dritte Theorie, die sogenannte zivilrechtlich gebundene Treuebruchtheorie, sieht die Untreue in der Vermögensschädigung durch Verletzung der Rechtspflicht, für fremdes Vermögen zu sorgen [38]. Diese der Missbrauchtheorie verwandte Ansicht begrenzte die Untreuehandlung auf jene Handlungen, durch welche eine rechtsgeschäftlich begründete Fürsorgepflicht verletzt wurde [39]. Diese sowie die Missbrauchtheorie gaben aber dem Untreuetatbestand einen zu

---

32) Maurach BT 338, Kohlrausch-Lange 377
33) vgl. Cartier 88 f
34) vgl. dazu Kingsley 41 ff
35) Binding 396, Frank 602, Kingsley 41 mit Literaturhinweisen
36) Maurach BT 338, Frank, Nachtrag 52
37) Maurach BT 338, Frank 602, Leipziger Kommentar 8. Aufl. 476
38) Freudenthal 110, 117, Kingsley 45 ff
39) Kingsley 46

engen Rahmen, während die Treuebruchtheorie einen zu grossen Spielraum zuliess [40]. Die Tatsache, dass in den drei Theorien kein gemeinsamer Nenner gefunden werden konnte [41] und dass die wirtschaftlichen Schwierigkeiten in den Dreissiger Jahren nach einem wirkungsvolleren Strafrechtstatbestand gegen Korruption [42] riefen, führten zusammen mit den bereits eingangs erwähnten Mängeln des Tatbestandes dazu, dass der § 266 DStGB im Jahre 1933 neu gefasst wurde.

2. Die Ausgestaltung des neuen § 266 DStGB

§ 266 DStGB von 1933, der bei der Revision von 1953 einen neu gefassten qualifizierten Tatbestand erhielt und mit einer Privilegierung erweitert wurde, lautet: [42 a]

"Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren.
§ 243 Abs. 2 sowie die §§ 247 und 248 a gelten entsprechend."

Zunächst ist festzustellen, dass nun eine - allerdings recht weit ausholende - Generalklausel an Stelle der Enumerationsmethodes getreten ist. Die Widersprüche der füheren

---

40) vgl. Maurach BT 338
41) Kingsley 47
42) Maurach BT 338 f, Nager 14
42 a) in der seit dem 1. Januar 1975 gültigen Fassung, in der insbesondere Gefängnis und Zuchthaus durch die Einheitsstrafe ersetzt wurde.

Theorien, hauptsächlich zwischen der Missbrauchs- und der Treuebruchtheorie, sind dadurch gelöst worden, dass beide Theorien im neuen, zweistufigen Tatbestand berücksichtigt sind [43]. Im ersten Teil des Absatzes 1 ist der Missbrauchstatbestand mit seinem eindeutig engeren Bereich, im zweiten Teil der Treuebruchtatbestand festgehalten. Welzel definiert nun die Untreue als "vorsätzliche Beschädigung fremden Vermögens durch Missbrauch der Vertretungsmacht (Missbrauchtatbestand) oder durch Verletzung einer aus einem Treueverhältnis erwachsenen Vermögensfürsorgepflicht (Treuebruchtatbestand)" [44].

a) Der Missbrauchtatbestand [45] ist erfüllt, wenn unter Verletzung des Grundverhältnisses zwischen dem Täter und Geschädigten über das fremde Vermögen verfügt wird, wodurch dieses Vermögen geschädigt wird. Das Grundverhältnis muss entweder durch Gesetz (zB die elterliche Vertretungsmacht), kraft behördlichen Auftrags (wie beim Vormund) oder infolge Rechtsgeschäfts (wie etwa beim Auftrag) begründet sein [46]. Ein Missbrauch liegt also immer dann vor, "wenn die Handlung vorgenommen werden konnte, aber nicht vorgenommen werden durfte" [47]. Eine beim Missbrauchtatbestand erlaubte Handlung muss also stets durch das Innenverhältnis gedeckt sein [48]. Ein Missbrauch ist demzufolge nicht mehr möglich, wenn das Aussenverhältnis (das Können) gleich weit oder gar weniger weit reicht als das Innenverhältnis (das Dürfen) [49]. Daraus ergibt sich aber auch, dass die Schädigung durch Missbrauch der Vertretungsmacht, der Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis, bewirkt sein muss [50]. Somit fällt nur eine durch rechtsgeschäftliches Handeln bewirkte Schädi-

---

43) Maurach BT 339, Welzel 384, Frank, Nachtrag 52
44) Welzel 384
45) zum Folgenden vgl. v.a. Maurach BT 340 f, Welzel 384 ff
46) vgl. Maurach BT 340, Welzel 384 f
47) Schwinge-Siebert, zitiert nach Maurach BT 341
48) Maurach BT 341
49) Maurach BT 341, Welzel 384 f
50) Welzel 385, Leipziger Kommentar § 266 N 38 f

gung in Betracht. Eine aufgrund eines nur tatsächlichen Einwirkens erfolgte Schädigung, die also nur das Innen-, nicht aber das Aussenverhältnis tangiert, wird durch diesen Tatbestand nicht gedeckt [51]. Diese Fälle gehören bereits

b) zum Treuebruchtatbestand. Der Täter verletzt dabei die Pflicht, für fremde Vermögensinteressen zu sorgen. Diese Pflicht wird auch hier begründet durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft, aber auch durch ein blosses Treueverhältnis [52]. Der Unterschied zum Missbrauchtatbestand liegt darin, dass vom Täter nur eine Sorgepflicht für fremdes Vermögen verlangt wird. Dennoch kann die Untreue auch durch Unterlassung begangen werden (zB durch Vernachlässigung eines Vermögenskomplexes)[53]. Es ist auch nicht mehr erforderlich, dass die schädigende Handlung in ein Aussenverhältnis eingreift [54]. Zu denken ist hier etwa an einen Vermögensverwalter, der keinerlei Vollmachten besitzt, das Vermögen nach aussen hin zu verpflichten oder darüber zu verfügen und trotzdem die Sorgepflicht verletzen kann. Ebenso genügt, dass die Fürsorgepflicht durch ein blosses Treueverhältnis begründet ist. Dies ist denkbar, wenn das pflichtbegründende Rechtsgeschäft aus zivilrechtlichen Gründen nichtig oder nachträglich dahingefallen ist [55].

Es ist allerdings festzuhalten, dass zwischen dem Täter und dem Geschädigten ein Treueverhältnis vorliegen muss, auch dann, wenn die Begründung der Fürsorgepflicht auf Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft beruht [56]. Welzel zieht den Kreis der möglichen Treueverhältnisse aber recht weit. Nach ihm liegt ein solches vor:

---

51) Maurach BT 340, Welzel 385, Schönke-Schröder § 266 N 4
52) Maurach BT 341 f, Welzel 387
53) Welzel 386, Schönke-Schröder § 266 N 36, vgl. auch Leipziger Kommentar § 266 N 40
54) Welzel 386, Maurach BT 342
55) Welzel 388, Maurach BT 342, Leipziger Kommentar § 266 N 44 ff, vgl. auch hinten 57 ff
56) Welzel 387; nach Maurach BT 341 f genügt es, wenn alternativ eine dieser Grundlagen vorliegt; ebenso Leipziger Kommentar § 266 N 43

- bei sämtlichen Vertretungsverhältnissen des Missbrauchtatbestandes
- bei allen Arten der indirekten Stellvertretung, wie Kommissionär, Beauftragter usw.
- bei allen Verhältnissen, die auf Wahrung fremder Vermögensinteressen im geschäftlichen Verkehr gehen und dem Verpflichteten ein gewisses Mass an Selbständigkeit und Eigenverantwortung einräumen [57].

Es leuchtet ein, dass bei dieser Weite der Untreue die Gefahr besteht, dass beinahe jede Vertragsverletzung bereits als Untreue bezeichnet werden kann, sobald eine Vermögensschädigung eingetreten ist, liegt doch in jedem obligatorischen Vertrag auch die Verpflichtung, bis zu einem gewissen Grad auf die Vermögensinteressen des Kontrahenten Rücksicht zu nehmen [58]. Dies kann jedoch nicht der Sinn des Gesetzes sein. So hat denn die deutsche Praxis einengende Kriterien aufgestellt, als wichtigstes die bereits angetönte Selbständigkeit und Eigenverantwortung des Verpflichteten [59] oder das Erfordernis, dass die Vermögensfürsorgepflicht ein typisches und wesentliches Merkmal des Vertrags- oder Treueverhältnisses sein muss [60]. Demnach können Verträge wie Kauf und Miete nicht generell eine Fürsorgepflicht begründen, da diesen Vertragsarten diese typischen Merkmale fehlen [61].

Angesichts dieser Weite und Unbestimmtheit des Untreuetatbestandes erstaunt es nicht, dass diese Neufassung in der Literatur Deutschlands vorwiegend als mehr oder minder misslückt bezeichnet wird [62].

---

57) Welzel 387
58) Maurach BT 343 f, Schönke-Schröder § 266 N 24
59) vgl. dazu BGH St 13,315 ff
60) BGH St 4,170
61) vgl. dazu Maurach BT 344
62) so Maurach BT 339, Welzel 384, Kohlrausch-Lange 378; es bestehen denn auch bereits neue Vorschläge, die einen Mittelweg zwischen Generalklausel und Enumerationsmethode suchen, vgl. Winter 127 ff

III. Die Entwicklung des Tatbestandes der ungetreuen Geschäftsführung in der Schweiz

1. In den kantonalen Gesetzbüchern [63]

Ein eigentlicher Tatbestand der Untreue war in relativ wenigen kantonalen Strafgesetzbüchern bekannt [64]. Wohl war in den meisten Kantonen der Vertrauensmissbrauch - in den welschen Kantonen Genf, Wallis und Waadt durch den Art. 408 (abus de confiance) des französischen Code pénale beeinflusst [65] - bekannt. Doch handelt es sich nicht um eigentliche Untreuebestimmungen, sondern vielmehr um einen für Beamte, Vormünder, Verwalter usw. vorgesehenen Spezialtatbestand der Unterschlagung [66] mit dem Erfordernis einer Aneignungshandlung, für den in der Regel eine Strafschärfung vorgesehen war, Genf jedoch [67] eine geringere Strafdrohung festsetzte. Als ein spezieller Untreuefall erscheint in verschiedenen Kantonen die Prävarikation und das Doppeldienen des Anwaltes, so etwa im aargauischen Strafgesetzbuch von 1857 [68]. In einigen Kantonen wird die Anwaltsuntreue ausgeweitet auf "andere Vollmachtträger und Geschäftsführer" (St. Gallen, Art. 180) oder auf den "Geschäftsmann" (Basel-Stadt, § 70) [69]. Mit Ausnahme der Untreuebestimmung im Gesetz von Baselland über die korrektionelle Gerichtsbarkeit vom 6. Oktober 1824 (§ 48), die allgemein "die Beeinträchtigung fremder Rechte durch Untreue von Anwälten und Gewaltshabern jeder Art unter Strafe stellt" [70], treten die eigentlichen Untreuetatbestände aber erst später auf,

---

63) Eine Zusammenstellung der verschiedenen Gesetzesbestimmungen findet sich bei Stooss, Strafgesetzbücher 747 ff und 785 ff sowie bei Kingsley 220 ff
64) Hafter I 318; ausführliche Darstellungen zu den kantonalen Strafgesetzbüchern: Hofer 17 ff, Kingsley 171 ff
65) Hafter I 318 N 4, Nager 15
66) vgl. Kingsley 167, Nager 15
67) Stooss, Strafgesetzbücher 760, Art. 361
68) Hafter I 318, insb. N 5
69) Hafter I 318, vgl. dazu Kingsley 220 ff
70) Hafter I 318, vgl. auch Stooss, Grundzüge 135

was offensichtlich auf den Einfluss des 1871 geschaffenen Untreuetatbestandes des deutschen StGB zurückzuführen ist [71]. So haben Solothurn und Neuenburg in ihren Strafgesetzbüchern von 1885 und 1891 eine Untreuebestimmung aufgenommen, die sich stark an den § 266 aF DStGB anlehnt [72]. Bei Erlass des schweizerischen StGB besitzen sechs Kantone einen Tatbestand der Untreue: Solothurn, Neuenburg, Luzern, Baselland, Appenzell Innerrhoden und Freiburg [73]. Dass aber auch die Vorarbeiten zu unserem neuen StGB nicht ohne Wirkung blieben, zeigt die Bestimmung in Freiburgs Code pénal vom 9. Mai 1924 [74], die bereits grosse Parallelen zum heutigen Art. 159 StGB aufweist [75].

2. In den einzelnen Vorentwürfen

Im Art. 82 des ersten Vorentwurf 1893/94 zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch ist die Untreue umschrieben: "Wer Vermögensinteressen, deren Wahrung ihm anvertraut ist, eigennützig zum Nachteil des Berechtigten verletzt, wird mit Geldstrafe bis zu 10'000 Franken oder mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft". Der heute gültige Art. 159 StGB mit dem Marginale "Ungetreue Geschäftsführung" lautet:
"Wer jemanden am Vermögen schädigt, für das er infolge einer gesetzlichen oder einer vertraglich übernommenen Pflicht sorgen soll, wird mit Gefängnis bestraft.
Handelt der Täter aus Gewinnsucht, so ist die Strafe Gefängnis bis zu fünf Jahren und Busse.
Die ungetreue Geschäftsführung zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen wird nur auf Antrag verfolgt."

Im Folgenden soll nun kurz dargelegt werden, wie es

---

71) Nager 15
72) vgl. Stooss, Grundzüge 135
73) Hafter I 318
74) Art. 93, zitiert nach Kingsley 222: "Celui qui, tenu par la loi ou par contrat de veiller sur les intérêts pecuniaires d'autrui, y porte atteinte d'une façon déloyale, est, sur plainte, puni de prison ou d'arrêts."
75) vgl. Nager 16, Kingsley 172

zu dieser inhaltlich doch recht starken Aenderung gekommen ist. Der besseren Uebersicht halber zeigen wir bis zum bundesrätlichen Entwurf von 1918 nicht die Entwicklung des ganzen Tatbestandes, sondern jene der einzelnen Teile. Damit ist allerdings der Nachteil verbunden, dass die dogmatische Entwicklung des Tatbestandes weniger zur Geltung kommt. [76]

Zunächst ist festzuhalten, dass Stooss bei der Schaffung des schweizerischen Untreuetatbestandes die Untreuebestimmung des § 266 aF DStGB als Vorbild gedient hat [77]. Allerdings wurde dabei vermieden, die Subjekte der Untreue einzeln aufzuzählen [78]. Vielmehr wurde der Tatbestand allgemein gefasst, nicht zuletzt um die Nachteile der deutschen Enumerationsmethode, die sich schon bald einmal gezeigt hatten [79], zu umgehen. Dies blieb in allen Entwürfen so, obwohl Gretener in den Verhandlungen der ersten Expertenkommission [80] nochmals nach der Enumerationsmethode rief. Im Gegensatz zu den meisten kantonalen Strafgesetzbüchern wurde nun die Untreue als selbständiges Delikt ausgestaltet und bei den Vermögensdelikten eingereiht [81].

a) Als Objekt der Untreue nennen die Entwürfe das Vermögen. In den Vorentwürfen 1894 (Art. 82) und 1896 (Art. 86) noch als "Vermögensinteresse" und im Vorentwurf 1903 (Art. 94) als "Vermögensrechte" bezeichnet, wird das Objekt seit dem Vorentwurf Februar 1908 (Art. 94) auf das "Vermögen" beschränkt. Aus den Unterlagen sind keine Gründe für diese terminologischen Aenderungen ersichtlich. Ob aber im Uebergang von "Vermögensinteressen" zu "Vermögensrechten" eine bedeutende Einschränkung

---

76) Chronologische Darstellungen sind zu finden bei: Nager 18 ff, Barth 27 ff, Graven SJK 1 f
77) vgl. Stooss, Motive 171 und Bericht VE 1896 17
78) vgl. Graven SJK 1
79) vorne 5
80) 1. Exp.-Kommission II 549
81) vgl. Kingsley 180

beabsichtigt war [82], sei dahingestellt. Wichtiger erscheint uns, dass damit im Vorentwurf 1908 das Objekt der Untreue ("Vermögen") mit demjenigen anderer Vermögensdelikte in Uebereinstimmung gebracht wurde.

b) Die rechtliche Verpflichtung zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen war im ersten Entwurf von 1893/94 mit "deren Wahrnehmung ihm anvertraut ist" umschrieben. Gretener bemerkte, dass der Ausdruck "anvertraut" im Sinne von "speziell anvertraut" ausgelegt werden müsse, um die Grenzen der strafbaren Untreue genauer zu fassen [83]. Um aber auch Beamte wie Geometer und Betreibungsbeamte, denen keine Wahrung von Vermögensinteressen anvertraut werde, unter den Untreuebegriff fassen zu können [84], wurde im Vorentwurf 1896 die Formulierung gewählt: "deren Wahrung ihm zufolge Amtes, Berufes oder Auftrages obliegt". Da aber die Begriffe Amt, Beruf und Auftrag nicht durchwegs klar sind und auch nicht sicher voneinander zu trennen sind [85], wurden in den folgenden Entwürfen eindeutigere Formulierungen gesucht, so im Vorentwurf 1903 ("deren Wahrung ihm zufolge rechtlicher Verpflichtung obliegt"), und im Vorentwurf Februar 1908 ("für das er zufolge einer Rechtspflicht sorgen soll"). Nachdem Zürcher in seinen Erläuterungen zum Vorentwurf April 1908 bermerkte, dass unter Rechtspflicht sowohl eine gesetzliche als auch eine vertragliche Verpflichtung zu verstehen sei [86], wurde dann der Vorentwurf 1915 mit dieser Präszisierung versehen und in der heute gültigen Formulierung abgefasst: "für das er zufolge einer gesetzlichen oder vertraglich übernommenen Pflicht sorgen soll".
Bereits hier ist festzuhalten, dass durch diese verschiedenen Präzisierungen dem Tatbestand der ungetreuen

---

82) wie es von Nager 20 interpretiert wird
83) 1. Exp.-Kommission II 549
84) 1. Exp.-Kommission II 548 f
85) vgl. Nager 20
86) Zürcher 163

Geschäftsführung jenes notwendige Skelett gegeben wurde, ohne das er uferlos und kaum anwendbar wäre, nämlich: die Begründung der Fürsorgepflicht für fremdes Vermögen muss durch gesetzliche Vorschrift oder durch ein Rechtsgeschäft erfolgt sein [87]. Ueber die Art und Weise, wie diese Fürsorgepflicht verletzt und dadurch das Vermögen geschädigt wird, ist damit aber noch nichts gesagt.

c) Im Vorentwurf 1894 musste die Untreue aus Eigennutz zum Nachteil des Berechtigten begangen worden sein. Für Stooss war dies erforderlich, da es sich, wenn der Täter nicht aus Eigennutz handle, lediglich um eine zivilrechtliche Streitigkeit handle, die nicht vor den Strafrichter gehöre [88]. Das Erfordernis des Eigennutzes war also ein Versuch, die Tragweite des Deliktes zu begrenzen. In der ersten Expertenkommission bemerkte jedoch Gretener, dass das eigennützige Motiv nicht zum Wesen der Untreue gehöre und auch eine Drittbegünstigung strafbar sein müsse [89]. Auf Antrag Morel's wurde dann der Eigennutz durch das Merkmal der Bereicherungsabsicht ersetzt ("um sich oder einem anderen einen unrechtmässigen Vorteil zuzuwenden", wie es dann im Vorentwurf 1903 hiess) [90]. Freudenthal kritisierte, dass das Untreuedelikt immer noch zu stark eingeschränkt bleibt und empfand es als bedauerlich, dass die Begehung aus Hass, Neid usw. straflos bleiben sollte. [91]
Dieser Kritik wurde im Vorentwurf Februar 1908 Rechnung getragen und das Merkmal der Bereicherungsabsicht gestrichen. Zudem wurde die Formulierung "zum Nachteil des Berechtigten" des Vorentwurfes 1894 im Vorentwurf 1903 in "wer jemanden am Vermögen... schädigt" geändert.

---

87) zur Auslegung dieser Umschreibung, hinten 50 ff
88) Stooss, Motive 171, 1. Exp.-Kommission I 421 ff
89) 1. Exp.-Kommission I 421 ff
90) 1. Exp.-Kommission I 422
91) Freudenthal 149

Trotz dieser Aenderung bleibt das Erfordernis der Identität zwischen dem geschädigten und jenem Vermögen, für das gesorgt werden soll, bestehen [92]. Denn nach Stooss liegt das Wesen der Untreue nicht in der Bereicherung, sondern darin, dass der Täter jenen schädigt, für dessen Vermögen er sorgen soll, und zwar an jenen Vermögensteilen, die Gegenstand seiner Fürsorge sind [93]. In dieser Fassung (ohne die Bereicherungsabsicht) hat nun die Untreue einen weiten Anwendungsbereich zugewiesen erhalten.

d) In Vorentwurf Februar 1908 wurde das Wort "vorsätzlich" eingefügt, im Vorentwurf April 1908 (Art. 94) gar durch "wissentlich" ersetzt. Lang sieht keinen Grund, das Wissensmoment des Vorsatzes speziell zu betonen, da es ohnehin klar sei, dass nur die vorsätzliche Begehung strafbar sein soll [94]. Dem Streichungsantrag wurde stattgegeben [95].

e) In den Vorentwürfen 1894, 1896 und 1903 erscheint als Strafdrohung Gefängnis oder Zuchthaus, allerdings mit wechselnden Strafrahmen. Im Vorentwurf Februar 1908 wird dann auf die Zuchthausstrafe verzichtet und Gefängnis bis zu fünf Jahren festgelegt. In diesem Entwurf tritt nun aber die Geldstrafe kumulativ zum Freiheitsentzug hinzu, sofern der Täter aus Gewinnsucht gehandelt hat. Der erste Vorentwurf 1894 sah noch alternativ Geldstrafe oder Freiheitsentzug vor. In der ersten Expertenkommission wünschte jedoch Scherb, dass Gefängnis und Geldstrafe gererell kumulativ anwendbar sein sollten [96]. Stooss ging diese Anregung in seiner allgemeinen Fassung zu weit, berücksichtigte sie jedoch für das Untreuedelikt im

---

92) kritisiert von Freudenthal 147
93) VE Febr. 1908 Art. 94 N 1
94) 2. Exp.-Kommission 375
95) vgl. dazu Walder 29 ff
96) 1. Exp.-Kommission II 548

Vorentwurf 1896 insofern, als mit der Freiheitsstrafe fakultativ eine Geldstrafe verbunden werden konnte. Wie erwähnt wurde im Vorentwurf Februar 1908 die Kumulation nur noch auf die Fälle der gewinnsüchtigen Untreue beschränkt und damit ein qualifizierter Tatbestand geschaffen, der dann auch grammatikalisch glücklicher formuliert (vgl. Vorentwurf April 1908) und im Vorentwurf 1915 (Art. 140) in einen eigenen Absatz gefasst wurde. Hier erscheint zum erstenmal als Ziffer Zwei auch der privilegierte Tatbestand. Wird die ungetreue Geschäftsführung zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen begangen, so wird sie nur auf Antrag verfolgt. Diese Privilegierung geht zurück auf einen Antrag Hildebrand's, wobei insbesondere an die Verwaltung des Kindesvermögens durch die Eltern gedacht wurde [97].

f) Zum Schluss sei noch kurz auf die Aenderung des Marginale hingewiesen. Im Vorentwurf 1903 taucht unvermittelt anstelle von "Untreue" die Bezeichnung "ungetreue Geschäftsführung" auf. Aus den Unterlagen ist kein Grund für diese Aenderung ersichtlich. Gersbach führt diesen Wechsel auf den Einfluss der französischen Uebersetzung der Vorentwürfe zurück, wo die Untreue mit "gestion déloyale" umschrieben wird [98]. Sicher ist, dass dieses Marginale diesem Tatbestand besser entspricht als der auch heute noch verschwommene Ausdruck "Untreue" [99].

Der erste Vorentwurf 1916 (Art. 142) stellt das Ergebnis der Verhandlungen der zweiten Expertenkommission und zugleich auch den Abschluss der Entwicklung unseres Tatbestandes dar [100]. Denn materiell unterscheidet er sich von der heutigen Fassung des Art. 159 StGB nur noch dadurch, dass die Busse des qualifizierten Tatbestandes auf zehntausend Franken festgelegt war. Diese Begrenzung

---

97) 2. Exp.-Kommission 375
98) Gersbach 21 ff, vgl. auch Graven SJK 2
99) vgl. Graven SJK 2
100) Nager 21 f

wurde bereits durch die Fassung des Bundesrates (Botschaft vom 23. Juli 1918) beseitigt. Art. 136 mit dem Marginale "Ungetreue Geschäftsführung" lautete:

"1. Wer jemanden am Vermögen schädigt, für das er zufolge einer gesetzlichen oder einer vertraglich übernommenen Pflicht sorgen soll, wird mit Gefängnis bestraft. Handelt der Täter aus Gewinnsucht, so ist die Strafe Gefängnis bis zu fünf Jahren und Busse.

2. Die ungetreue Geschäftsführung zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen wird auf Antrag verfolgt."

Der Vorschlag lag der Beratung in den eidgenössischen Räten von der Frühjahrssession 1928 bis zur Wintersession 1937 zugrunde. Wesentliches wurde an der vorgeschlagenen Fassung nicht mehr geändert. Der Nationalrat wollte lediglich die ungetreue Geschäftsführung generell zu einem Antragsdelikt erklären [101]. Der Ständerat widersetzte sich diesem Begehren erfolgreich, da nach Ansicht des Berichterstatters kein Grund bestehe, die ungetreue Geschäftsführung gegenüber dem Betrug und Diebstahl zu privilegieren, die ja beide auch Offizialdelikte seien [102]. Der Ständerat seinerseits versuchte, in den Tatbestand wiederum das Wort "absichtlich" einzufügen [103], stiess jedoch im Nationalrat auf wenig Gegenliebe. Dessen Berichterstatter führte aus, dass der Vorsatz das Wissen und Wollen umfasse. Der Ausdruck "absichtlich" sei zu streichen, da dieser zu eng und irreführend sei [104].

---

101) Sten. Bull. Nationalrat 1929 353 ff
102) Sten. Bull. Ständerat 1931 170
103) Sten. Bull. Ständerat 1931 167 ff
104) Sten. Bull. Nationalrat 1934 694

§ 2 DIE SYSTEMATISCHE STELLUNG VON ART. 159 StGB BEI DEN VERMOEGENSDELIKTEN

Die ungetreue Geschäftsführung ist als selbständiges Delikt unter den "strafbaren Handlungen gegen das Vermögen überhaupt" eingereiht, zusammen mit Betrug, boshafter Vermögensschädigung, Wucher usw. Die Selbständigkeit des Deliktes ist, obwohl es in den kantonalen Gesetzen noch oft mit anderen Tatbeständen verbunden war, bereits seit dem ersten Vorentwurf festzustellen, auch wenn in den Beratungen immer wieder Abgrenzungsschwierigkeiten zur Veruntreuung erwähnt wurden und aus diesen Ueberlegungen die Streichung des Artikels beantragt wurde.[1] Die eigentliche Bedeutung wurde jedoch schon damals nicht übersehen, können doch insbesondere durch die Veruntreuung, als Eigentumsdelikt konzipiert, gewisse Handlungen nicht erfasst werden, obwohl sie als strafwürdig erachtet werden müssen.[2] Die ungetreue Geschäftsführung kann nun in gewissen Fällen dazu dienen, diese Lücken zu schliessen.[3] Nach der Botschaft des Bundesrates von 1918 stellt die Veruntreuung einen Spezialfall der ungetreuen Geschäftsführung dar, der allerdings nicht ausreichend sei, um die oft weiterreichenden Schädigungen, wie sie bei einer ungetreuen Geschäftsführung vorkommen können, mitzuerfassen.[4] Als wesentlicher Unterschied sei hier kurz angetönt, dass als Objekt der Veruntreuung nur eine fremde, bewegliche Sache in Betracht fällt, die dem Täter anvertraut sein und die er sich mit Bereicherungsabsicht aneignen muss.[4a] Die ungetreue Geschäftsführung hingegen besitzt einen bedeutend weiteren Anwendungsbereich, indem einerseits das Vermögen das Handlungs-

---

1) vgl. 2. Exp.-Kommission 373 ff
2) vgl. Stratenwerth 256
3) Graven SJK 4
4) Botschaft 36
4a) Nur in Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB ist dieser Grundsatz zum Teil verlassen worden, wonach auch vertretbare Sachen, die nur wirtschaftlich fremd sind, veruntreut werden können, vgl. dazu Stratenwerth 175 ff

objekt ist und andererseits keine Aneignung und Bereicherungsabsicht erforderlich ist.[5] In dieser Ergänzungsfunktion liegt aber nur ein Aspekt, wenn auch der praktisch bedeutungsvollere. Die andere Bedeutung liegt darin, dass Art. 159 StGB, wie Büttner sich ausdrückt, als ein "Schutzgesetz für das Geschäftsleben" bezeichnet werden kann.[6] Dasselbe meinte wohl auch der Vorsitzende der zweiten Expertenkommission, Bundesanwalt Kronauer, als er ausführte, dass man bei Art. 159 StGB vor allem an grosse Fälle gedacht habe.[7] Dazu einschränkend muss allerdings gesagt werden, dass bei diesen sogenannten "grossen Fällen" oft nebst der ungetreuen Geschäftsführung auch der Tatbestand des Betruges oder der Veruntreuung erfüllt sein wird.

I. Das Schutzobjekt von Art. 159 StGB

Noch in den schweizerischen Vorentwürfen, in Deutschland gar bis in die jüngste Vergangenheit, bestand Uneinigkeit über das Schutzobjekt der Untreue bzw. der ungetreuen Geschäftsführung. Ist das Vermögen das geschützte Rechtsgut? Ist es Treu und Glauben im Geschäftsverkehr? Oder ist es gar beides?

Als Schutzobjekte gelten Werte, ideeller oder materieller Natur, die einer oder mehreren Personen zustehen und die, von der Rechtsordnung als schützenswert erachtet, den strafrechtlichen Schutz geniessen.[8] Dieser Rechtsgüterschutz stellt die zentrale Aufgabe des Strafrechtes dar, eine Aufgabe, die auch zu ständigem Ueberdenken des Bestehenden zwingt. Alles Bestreben im Gebiete des Strafrechts hat vornehmlich dieser Aufgabe zu dienen. Deshalb kommt dem Schutzobjekt auch eine zentrale Bedeutung zu, wenn es darum geht, durch Auslegung den wahren Sinn eines Tatbestandes zu suchen.[9] Es wird nicht ohne

---

5) vgl. dazu etwa Graven SJK 3 f; Näheres zu dieser Unterscheidung hinten 152 ff
6) Büttner 76
7) 2. Exp.-Kommission 376
8) Schwander 74
9) vgl. Schwander 74, Jescheck 194 f, Maurach AT 183

Bedeutung sein, ob in Art. 159 StGB das Vermögen oder ob Treu und Glauben Schutzobjekt ist, vor allem wenn es darum geht, die notwendige Begrenzung dieses weit gefassten Tatbestandes festzulegen.
In der schweizerischen Lehre [10] und Praxis [11] wird überwiegend das Vermögen als ausschliessliches Schutzobjekt betrachtet. Einzig Hochstrasser scheint hier eine Ausnahme zu machen, wenn er erklärt, dass der Gesetzgeber mit Art. 159 StGB "den strafrechtlichen Schutz von Treu und Glauben im Verkehr und die Sicherung des gegenseitigen Vertrauens in Handel und Wandel" bezwecke [12]. Nager hingegen bezeichnet sowohl Vermögen als auch Treu und Glauben als Schutzobjekte [13]. Auch in Deutschland, wo zunächst Frank Treu und Glauben [14] und Schönke-Schröder sowohl Treu und Glauben als auch das Vermögen als Schutzobjekt bezeichnen [15], wird in neuester Zeit ausschliesslich im Vermögen das Schutzobjekt der Untreue gesehen [16].

Für das Vermögen als Schutzobjekt der ungetreuen Geschäftsführung sprechen in der Tat verschiedene Gründe. Zunächst ist ein formelles, trotzdem nicht unbedeutendes Kriterium zu erwähnen, nämlich die Einordnung des Deliktes unter die Vermögensdelikte. Das Bundesgericht weist diesem Kriterium eine grosse Bedeutung zu, hat es doch beim Tatbestand der Warenfälschung, bei dem das Schutzobjekt noch mehr umstritten ist [17], unter Hinweis auf die Ueberschrift zum zweiten Titel das Vermögen als Schutzobjekt bezeichnet [18]. Ob das zutreffend ist oder ob bei der Warenfälschung nicht doch Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als Schutzobjekt zu betrachten ist, kann hier offengelassen werden. Andererseits hat aber auch Stooss im

---

10) Graven SJK 1, Stratenwerth 256, Hafter I 320 u.a.
11) BGE 81 IV 232
12) Hochstrasser, Kriminalistik 1967 99
13) Nager 102
14) Frank, Nachtrag 52 f
15) Schönke-Schröder § 266 N 1
16) Welzel 384, 387 und v.a. Maurach BT 336 f sowie Leipziger Kommentar § 266 N 7
17) Stratenwerth 241, Thormann-von Overbeck 115
18) BGE 81 IV 100 und 161

Zusammenhang mit der hohen Bussandrohung erwähnt, dass die Untreue ein Verbrechen der Finanz sei [19]. Seit dem ersten Vorentwurf stand der Vermögensschutz im Vordergrund und war die Untreue bzw. die ungetreue Geschäftsführung bei den Delikten gegen das Vermögen eingereiht. Zudem setzt das Geschäftsführungsverhältnis, wie noch zu zeigen sein wird [20], nicht notwendigerweise ein Vertrauensverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer voraus.

II. Zur Bedeutung und Notwendigkeit von Art. 159 StGB

Bei den Delikten gegen das Vermögen gibt es keinen Tatbestand, der als solcher das Vermögen in seiner ganzen Breite zu schützen vermöchte. Nebst den Delikten von Art. 137 ff StGB, die auf den Schutz des Eigentums beschränkt sind, charakterisieren sich die Art. 148 ff StGB durch ihre Vielfalt der Angriffsformen [21]. So zeichnet sich der Betrug durch die arglistige Täuschung aus, die Erpressung durch die Nötigung, der Wucher durch die Ausbeutung einer besonderen Notsituation. In diese Reihe stellt sich nun auch die ungetreue Geschäftsführung mit der Vermögensschädigung unter Verletzung einer gesetzlichen oder vertraglichen Fürsorgepflicht [22]. Welches ist nun die Bedeutung des Art. 159 StGB in diesem System des Vermögensschutzes?
Zunächst sei ein Blick in die Kriminalstatistik [23] der letzten zwanzig Jahre geworfen, wobei auch der Diebstahl und die Veruntreuung als Eigentumsdelikte berücksichtigt sind, um die Relationen erkennen zu können.

---

19) VE Febr. 1908 Art. 94 N 6, vgl. auch 2. Exp.-Kommission 376
20) hinten 39 f
21) Stratenwerth 209
22) vgl. Germann, Taschenausgabe, Vorbem. zu Art. 148
23) entnommen aus: "Statistische Quellenwerke der Schweiz"

Die nachfolgende Tabelle gibt die Anzahl der Verurteilten an, in Klammern die Anzahl der geahndeten Straftaten.

Art.	137	140	159	137-172 total
1952	3965 (-)	1105 (-)	6 (-)	8956 (-)
1960	4685 (6081)	922 (1649)	4 (14)	9648 (14055)
1968	5949 (7664)	727 (1346)	3 (22)	10543 (15404)
1969	6456 (8320)	641 (1251)	9 (23)	11095 (16320)
1970	7054 (8957)	694 (1342)	7 (33)	12036 (17509)
1971	6594 (8341)	540 (1120)	3 (19)	11384 (164607
1972	7070 (8946)	650 (1188)	7 (18)	12212 (17795)
1973	6866 (8831)	581 (1105)	3 (24)	11826 (17628)

Zu dieser Tabelle ist folgendes festzuhalten:

1. Der Diebstahl ist das häufigste Vermögensdelikt. Selbst im Verhältnis zur Veruntreuung ist die ungetreue Geschäftsführung zahlenmässig von nicht allzugrosser Bedeutung; andererseits werden aber Delikte wie Wucher (Art. 157 StGB) oder Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 StGB) noch seltener geahndet.
2. Die Häufigkeit des Deliktes kann, abgesehen von den üblichen Schwankungen, als relativ konstant angesehen werden, während andere Delikte deutlich zunahmen (Diebstahl) oder zurückgingen (Veruntreuung). Es kann also nicht gesagt werden, dass die ungetreue Geschäftsführung parallel zur wirtschaftlichen Entwicklung an Bedeutung gewonnen hätte.
3. Schliesslich ist noch zu bemerken, dass bei den Zahlen in Klammern alle Taten, sei nun das entsprechende Delikt als Haupt- oder als Nebentat begangen worden, berücksichtigt wurden, während bei den anderen Zahlen nur die mit der schwersten Strafe bedrohte Tat berücksichtigt ist. Insofern ergibt die Zahl der Verurteilten

nur ein beschränkt richtiges Bild, wird doch die ungetreue Geschäftsführung recht oft durch andere Straftaten konsumiert oder tritt mit Delikten in Konkurrenz, die mit einer schwereren Strafe bedroht sind.

Rein statistisch gesehen kann der ungetreuen Geschäftsführung also keine bedeutende Rolle zugemessen werden. Wie aber bereits in den einleitenden Sätzen angetönt, liegt ihre Bedeutung darin, dass sie mit der Veruntreuung insofern in engem Zusammenhang steht, als dem Täter bereits vor der Tat fremde Vermögenswerte anvertraut worden sind und er somit eine bestimmte Machtstellung über fremdes Vermögen besitzt. Nebst der Aneignung und der Bereicherungsabsicht liegt aber das einschränkende Kriterium der Veruntreuung darin, dass als Handlungsobjekt nur das Eigentum [24] in Frage kommt und somit die übrigen Vermögensschädigungen unter Missachtung dieser Vertrauensstellung straflos bleiben würden, könnte nicht die ungetreue Geschäftsführung ergänzend zum Zuge kommen. Angesichts der recht grossen Schwierigkeiten, die die ungetreue Geschäftsführung in der Praxis immer wieder bietet, vor allem in der Abgrenzung zur Veruntreuung [25], muss hier aber doch die Frage gestellt werden, ob diese Lücke nicht auf einem anderen Wege geschlossen werden könnte. Naheliegend wäre eine Ausdehnung des Veruntreuungstatbestandes. Diese Möglichkeit wurde jedoch bereits durch Barth zu Recht abgelehnt [26]. Zudem werden heute Reformbestrebungen sichtbar, die eine Neuordnung der Aneignungsdelikte vorschlagen, wonach ein neugefasster Unterschlagungstatbestand als Grundtatbestand und Diebstahl und Veruntreuung als qualifizierte Tatbestände zu schaffen wären [27]. Doch damit wäre in bezug auf die

---

24) Schmid SJZ 68/1972 118, vgl. auch Graven SJK 3
25) vgl. Schmid SJZ 68/1972 117 ff
26) Barth 19
27) Schubarth ZStrR 88 282

ungetreue Geschäftsführung nichts Neues gewonnen. Denn auch jene Vermögensschädigungen, die, infolge einer bestimmten Verfügungsmacht des Täters über fremdes Vermögen erst ermöglicht, ohne Aneignung von Vermögenswerten erfolgen, müssen bestraft werden können.
Art. 159 StGB entspricht nach wie vor einer Notwendigkeit, auch wenn die Statistik nicht unbedingt dafür spricht.
Die ungetreue Geschäftsführung kann, wie auch die Veruntreuung, als ein Spezialfall eines allgemeinen Untreuedeliktes angesehen werden, das in unserem Strafgesetzbuch nicht besteht [28].

---

28) Schmid SJZ 68/1972 118

§ 3 DER TAETERKREIS

I. Einleitung

1. Die Problematik einer Generalklausel

§ 266 aF DStGB, der für unseren Art. 159 StGB als Vorbild diente, wies durch seine kasuistische Gesetzestechnik Lücken auf, die als stossend empfunden werden mussten. Diesen Nachteil versuchte unser Strafgesetzbuch zu umgehen, indem es den möglichen Täterkreis in einer Generaldefinition umschrieb, der nun aber nach dem Wortlaut des Gesetzes denkbar weit gezogen ist und in dieser Form Schwierigkeiten bei der Subsumtion eines Sachverhaltes bereitet [1]. Die Umschreibung des Tatbestandes in einer Generalklausel bewirkt, dass dem Richter die Aufgabe der Konkretisierung des Tatbestandes und der Abgrenzung des strafwürdigen vom nicht strafwürdigen Verhalten überbunden wird, eine Aufgabe, die an sich vom Gesetzgeber gelöst werden sollte [2]. Denn Art. 1 StGB legt klar fest, dass nur strafbar ist, "wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht". Somit ist eine Tat nur strafbar, wenn sie - als erste Voraussetzung - tatbestandsmässig ist, wenn die Handlung alle Merkmale des Tatstandes erfüllt. Eine strafbare Handlung muss also vom Gesetzgeber definiert sein [3]. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Umschreibung der strafbaren Handlung in Art. 159 StGB offensichtlich ungenügend. Denn nach seinem Wortlaut müsste die Mehrzahl von gewöhnlichen Vertragsverletzungen bereits als ungetreue Geschäftsführung betrachtet werden [4]. Trotz des bestehenden Unbehagens über eine Generalklausel [5] kann jedoch im Art. 159 StGB

---

1) vgl. Walder 7
2) Stratenwerth 257, vgl. dazu Noll ZStrR 75 298 ff
3) vgl. Schwander 60
4) vgl. Näger 94, von Rechenberg, Kriminalistik 1962 584
5) Noll ZStrR 75 301

kein Verstoss gegen das Legalitätsprinzip angenommen werden, liegt doch die Aufgabe von Art. 1 StGB vornehmlich darin, eine Erweiterung der gesetzlichen Tatbestände zu verhindern [6]. Diese Ueberlegungen führen aber dazu, dass der Täterkreis des Art. 159 StGB unbedingt einschränkend ausgelegt werden muss [7].

2. Zur Einschränkung des Täterkreises

Das Gesetz verlangt vom Täter lediglich, dass er durch Gesetz oder Vertrag verpflichtet ist, für fremdes Vermögen zu sorgen. Diese Pflicht obliegt aber auch einem Mieter oder Pächter, einer Hausangestellten, einem Arbeitnehmer, einer Büroangestellten. Sie alle haben in irgendeiner Art und Weise für fremde Vermögensstücke zu sorgen. Und trotzdem sind sie keine tauglichen Täter des Art. 159 StGB, wie dies heute in der schweizerischen Lehre und Praxis übereinstimmend festgehalten wird [8]. Für Vermögensschädigungen durch diese Personen kann und muss der zivilrechtliche Schutz genügen [9]. Zu prüfen, wo nun die Grenze zu ziehen ist, ist die Aufgabe dieses Paragraphen. Gewisse Anhaltspunkte mag sicher der § 266 aF DStGB geben, wo als Täter einzeln aufgeführt sind: Bevollmächtigte, Versteigerer, Mäkler, Schaffner und andere. Es sind Personen, die eine gewisse Machtbefugnis, auf fremdes Vermögen einzuwirken, besitzen. Diese Kriterien mögen uns vielleicht die Marschrichtung aufzeigen, sind aber noch zu unklar, um die Grenze genauer festlegen zu können.
Bereits hier kann jedoch festgehalten werden, dass durch die Beschränkung des Täterkreises der Art. 159 StGB als ein Sonderkelikt zu betrachten ist [10]. So wie dem

---

6) Schwander 60
7) so auch Graven SJZ 44/1948 82, Gersbach 24, Hochstrasser, Kriminalistik 1967 106 u.a.
8) so Schwander 363, Walder 7 u.a.; BGE 77 IV 204 ff
9) von Rechenberg, Kriminalistik 1962 584
10) Walder 7, Schwander 363

Täter eines Beamtendeliktes (Art. 312 ff StGB), als dem bekanntesten Typus eines Sonderdeliktes, eine Beamteneigenschaft zukommen muss, wird in Art. 159 StGB vom Täter verlangt, dass er eine besondere Fürsorgestellung für fremdes Vermögen innehält. Diese Tatsache erhält seine Bedeutung bei der Erörterung des Problems der Mitwirkung mehrerer Täter an einer Straftat [11].

3. Vergleich zwischen den beiden Generalklauseln in Art. 159 StGB und § 266 DStGB

Die bereits erwähnten Gründe [12] führten dazu, dass der kasuistisch gefasste Art. § 266 aF DStGB im Jahre 1933 in eine Gereralklausel umgeformt und in seinem Anwendungsbereich wesentlich erweitert wurde [13]. Aber auch unser Art. 159 StGB wurde weiter gefasst als das Vorbild, § 266 aF DStGB [14].
Im Verlauf dieser Arbeit wird des öftern auf die bedeutend reichere deutsche Praxis zur Untreue zu greifen sein, weshalb hier summarisch ein grober Vergleich zwischen diesen beiden Tatbeständen anzustellen ist.
Wie bei Art. 159 StGB erfüllt der Treuebruchtatbestand (der weitere also) des § 266 DStGB die Anforderungen einer ausreichenden Tatbestimmtheit nicht [15], weshalb nach einschränkenden Kriterien gesucht werden musste, um den breiten Anwendungsbereich des Tatbestandes etwas zu begrenzen. So wird insbesondere gefordert, dass der taugliche Untreue-Täter eine Stellung bekleiden muss, in der ihm ein beträchtliches Mass an Verantwortung und Selbständigkeit zusteht [16]. Ohne bereits näher auf den Geschäftsführerbereich des Art. 159 StGB einzugehen, kann festgestellt werden, dass der Anwendungsbereich des § 266 DStGB grösser

---

11) Walder 7, vgl. hinten 114 ff
12) vorne 5 und 7
13) RG St 77,38
14) BGE 81 IV 278, Stooss, Motive 171
15) Welzel 386
16) vgl. Welzel 387, Maurach BT 343 f u.a.

ist als jener des Art. 159 StGB. Das ist zunächst einmal darauf zurückzuführen, dass die gesetzliche Formulierung (§ 266, Abs. 1 DStGB zweite Satzhälfte) eine Begründung des Fürsorgeverhältnisses auch ohne besonderen Rechtssatz oder Vertrag vorsieht; es genügt also bereits das sogenannte "sozialethische Treueverhältnis" [17], oft auch tatsächliches, im Gegensatz zu gesetzlich oder vertraglich begründetes, Treueverhältnis genannt. Die erweiterte Anwendbarkeit zeigt sich aber auch im Täterkreis. So wurde ein Ladenangestellter (nebst Diebstahls) wegen Untreue bestraft, da er unberechtigterweise den Ladenvorräten Waren entnahm [18]; desgleichen wurde ein Verwalter eines Fahrkartenschalters der Eisenbahn, der für eigene Zwecke Gelder der Kasse entnahm, der Untreue nebst Amtsunterschlagung für schuldig befunden [19].

Wir möchten uns hier nicht anmassen, ein Urteil über die deutsche Rechtssprechung abzugeben und die Unterschiede zwischen den beiden Tatbeständen umfassend dargelegt zu haben, sondern lediglich darauf hinweisen, dass die deutschen Entscheide nicht unbesehen auf schweizerische Verhältnisse übertragen werden können. Denn dass die beiden oben erwähnten Beispiele auch in der Schweiz als ungetreue Geschäftsführung bestraft würden, ist, abgesehen von ebenfalls zu berücksichtigenden Konkurrenzfragen, mehr als fraglich. Mit ein Grund dafür ist wohl, dass der deutsche Unterschlagungstatbestand (§ 246 DStGB) enger ist als unser Art. 140 StGB und somit ein Bedürfnis besteht, die dadurch entstandene Lücke durch eine breitere Anwendung des Untreuetatbestandes zu füllen [20]. So musste denn der Sachverhalt, bei dem ein Reisebüro (als Vermittler) Zahlungen der Kunden nicht an das Reiseunternehmen weiterleitete, als Untreue

---

17) Welzel 388
18) RG St 77,34 ff
19) BGH St 13,315 ff
20) vgl. dazu Hochstrasser, Kriminalistik 1967 100, Maurach BT 235 ff, v.a. 239

und nicht als Unterschlagung qualifiziert werden [21]. Des weitern wird im deutschen Recht verstärkt auf ein Vertrauensverhältnis zwischen Täter und Opfer abgestellt, wobei aber auch hier wieder einschränkende Kriterien aufgestellt werden [22]. Im Gegensatz dazu muss bei unserer ungetreuen Geschäftsführung vermehrt darauf Gewicht gelegt werden, dass der Täter eine eigentliche Geschäftsführerstellung bekleidet.

---

21) BGH St 12,207
22) vgl. dazu Maurach BT 343 f mit weiteren Beispielen, Welzel 387 f

II. Der Begriff der Geschäftsführung

1. Das Marginale "Ungetreue Geschäftsführung"

Wie bereits erwähnt [23], schweigen die Materialien darüber, wieso die Ueberschrift "Untreue" zugunsten des neuen Marginale "Ungetreue Geschäftsführung" aufgegeben wurde. Welche Bedeutung kann nun heute trotzdem diesem Randtitel entnommen werden?

Mit dem Marginale gibt der Gesetzgeber eine allgemeine Bezeichnung für die im Text selbst umschriebene Handlung wieder; es ist gleichsam eine "schlagwortartige Inhaltsangabe". Als solche gehört das Marginale aber zum Gesetzestext und kann auch zur Auslegung herangezogen werden [24].

Nun finden wir aber im Marginale des Art. 159 StGB eine Tatbestandsumschreibung, die keinen direkten Bezug zum Wortlaut des Textes selbst aufweist. Weder das Wort "ungetreu" noch "Geschäftsführung" klingt im Gesetzestext selbst wieder in irgend einer Form an, abgesehen von Abs. 3, wo aber das Marginale lediglich als formelhafte Wendung verwendet wird, um auf den Grundtatbestand zu verweisen. Ganz anders etwa bei Art. 149 StGB (boshafte Vermögensschädigung) oder Art. 151 StGB (Erschleichung einer Leistung), wo das Marginale mit dem Gesetzestext in Zusammenhang steht und keinerlei neue Aspekte mehr zeigt, sondern eine reine Inhaltsangabe darstellt. Bei allen Vermögensdelikten lässt sich kein Marginale mehr finden, das einen ganz neuen Gesichtspunkt zum Tatbestand bringt und die tatbestandmässige Handlung ergänzt, wie dies bei Art. 159 StGB der Fall ist.

Vom tauglichen Täter des Art. 159 StGB wird verlangt, dass er eine Geschäftsführerstellung bekleidet. Das Bundesgericht

---

23) vorne 17
24) Schwander 62, vgl. BGE 85 IV 26

begründet dies mehrmals mit dem Hinweis auf das Marginale [25]. In einem anderen Entscheid [26] hingegen wird eingeschränkt, dass das Kriterium der Geschäftsführung lediglich im Randtitel erwähnt sei und deshalb unter Geschäftsführung auch Amtsführung verstanden werden könne. Diese Relativierung der Bedeutung des Marginale wäre allerdings nicht nötig gewesen, wird doch im selben Entscheid bereits ausführlich dargelegt, dass Art. 314 StGB als Spezialtatbestand von Art. 159 StGB zu betrachten sei und somit auch die Amtsführung als Geschäftsführung betrachtet werden müsse, sofern die Erfordernisse des Art. 314 StGB nicht erfüllt seien und der Beamte - in seiner amtlichen Funktion - eine Geschäftsführerstellung innehalte [27].

Nun hat aber das Bundesgericht wiederholt erklärt, dass ein Randtitel den Wortlaut und vor allem den Sinn, der sich aus dem Wortlaut einer Bestimmung ergebe, nicht einzuschränken oder zu ändern vermöge [28]. Diesem Grundsatz muss sicher beigepflichtet werden. Man denke nur an Art. 153 StGB, wo nicht nur die Warenfälschung (wie im Marginale erwähnt), sondern ein viel breiterer Tatbestand unter Strafe gestellt wird (auch verfälschen, im Werte verringern und nachmachen); oder an die Sachbeschädigung (Art. 145 StGB), wo nebst der Beschädigung auch die Zerstörung oder Unbrauchbarmachung einer Sache bestraft wird. Doch kann dieser Grundsatz nur gelten, wenn, wie das Bundesgericht in einem Entscheid selbst sagt, der Text schon einen klaren Wortlaut besitzt oder dann aus dem Wortlaut der Sinn klar erkenntlich ist [29]. Dies ist nun bei Art. 159 StGB bekanntlich gerade nicht der Fall, womit die aufgrund des Marginale einschränkende Auslegung dieses Tatbestandes als zulässig zu erachten ist und sich geradezu aufdrängt [30].

---

25) so u.a. in BGE 77 IV 204, 81 IV 279
26) BGE 81 IV 232
27) BGE 81 IV 230 ff
28) BGE 85 IV 26, 81 IV 219 E. 2, 78 IV 176, 76 IV 55
29) BGE 78 IV 176
30) a.M. Ostertag SJZ 35/1938/39 290

2. Der Begriff der Geschäftsführung im zivilrechtlichen Bereich

Der Begriff "Geschäftsführung" ist ein ausgesprochen zivilrechtlicher Begriff und hat in diesem Bereich eine grosse Bedeutung. Im Gegensatz dazu findet sich im Strafrecht dieser Begriff nur im Art. 159 StGB. Es stellt sich nun die Frage, was im Zivilrecht unter Geschäftsführung zu verstehen ist und ob der zivilrechtliche Begriff ohne weiteres auf das Strafrecht übertragen werden kann.
Zunächst ist festzuhalten, dass das Zivilrecht selbst den Begriff nicht definiert. Der Begriff selbst findet aber auch keine durchgehend einheitliche Anwendung. Der Ausdruck "Geschäftsführung" wird nur bei der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff OR) und im Gesellschaftsrecht verwendet. An anderen Orten ist er umschrieben, z.B. mit "Geschäfte besorgen" (Art. 419 ff OR) oder mit "Interessen wahren" (Art. 311 ZGB).
Gerhard versteht unter Geschäftsführung jedes Tätigwerden für fremde Interessen, und zwar in uneigennütziger Weise [31]. Die Geschäftsführungspflicht ist wesentlich eine Fürsorgepflicht für fremde Interessen. Damit ist einmal festzuhalten, dass sich die Geschäftsführung nicht notwendigerweise nur auf Vermögenswerte beziehen muss. Auch die Fürsorge des Vormundes für Erziehung und Unterhalt des Bevormundeten (Art. 405 ff ZGB) stellt Geschäftsführung im weitesten Sinne dar. Ebenso beim Beirat (Art. 311 ZGB) des ausserehelichen Kindes, der nebst den materiellen auch die ideellen Interessen des Kindes zu wahren hat, worunter nicht zuletzt auch die Anhebung der Vaterschaftsklage fällt [32]. Auch dies ist Geschäftsführung. Weiter ist in folgenden Bestimmungen des ZGB, die alle als gesetzlich begründete Geschäftsführungsverhältnisse zu betrachten sind, der Begriff der Geschäftsführung zu finden: bei der elterlichen Gewalt (Art. 279 ZGB),

---

31) Gerhard 5
32) vgl. Egger Art. 311 ZGB N 6

bei der Beistand- und Beiratschaft (Art. 393 ff ZGB), beim Willensvollstrecker (Art. 518 ZGB).
Die zentrale Bestimmung über die Geschäftsführung findet sich aber im Auftragsrecht. Der einfache Auftrag (Art. 394 ff OR) ist als Grundverhältnis aller Geschäftsführerverhältnisse zu betrachten [33]. Aber auch die besonderen Auftragsarten beinhalten ein Geschäftsführerverhältnis, so der Kreditbrief und Kreditauftrag (Art. 407 ff OR), der Mäklervertrag (Art. 412 ff OR), der Agenturvertrag (Art. 418 a ff OR) sowie die Geschäftsführung ohne Auftrag Art. 419 ff OR) [34]. Ob der Kommissionär, Spediteur, Frachtführer oder Verwahrer auch noch als Geschäftsführer zu betrachten sind, sei hier noch offengelassen [35]. Ueberwiegt hier tatsächlich noch das fremde Interesse, wie dies beim Geschäftsführungsbegriff notwendiges Merkmal ist, oder tritt nicht bereits das eigene Interesse in den Vordergrund? Auf die genaue Grenzziehung soll erst unter dem strafrechtlichen Aspekt näher eingetreten werden. Hingegen haben die synallagmatischen Verträge, wie Kauf, Miete, Arbeits- oder Werkvertrag, grundsätzlich kein Geschäftsführungsverhältnis zum Inhalt, obwohl selbst hier, wenn auch in ganz untergeordneter Bedeutung, ein Tätigwerden für fremde Interessen festgestellt werden kann [36]. Aber diese Fürsorgepflicht stellt bei diesen Vertragsarten kein wesentliches Element dar, was aber unbedingt erforderlich wäre. Damit ist aber durchaus nicht gesagt, dass im Rahmen solcher Verträge nicht auch ein Geschäftsführungsverhältnis begründet werden könnte. Zu denken ist hier vor allem an einen Geschäftsführer eines Unternehmens. Wird er nur sporadisch oder für einen engen Kreis von Geschäftsführungsaufgaben eingesetzt, so wird ein Auftrag als Rechtsverhältnis anzunehmen sein. Erfolgt die Verpflichtung jedoch für eine bestimmte oder

---

33) Gerhard 6
34) vgl. Gerhard 5
35) Gerhard 5 bejaht dies
36) vgl. dazu Gerhard 21

unbestimmte Dauer, so wird sich die Geschäftsführungspflicht auf eine arbeitsvertragliche Grundlage abstützen [37]. Stützt sich also die Vertragsverpflichtung zur Geschäftsführung auf ein anderes Rechtsverhältnis als auf Auftrag (z.B. Arbeitsvertrag, Gesellschaft, Vormundschaft usw.), so gelten diese speziellen Bestimmungen [38]. Dies ergibt sich aus dem subsidiären Charakter des Auftragsrechts (Art. 394 Abs. 2 OR). Ergänzend können notfalls die Bestimmungen über den Auftrag beigezogen werden.
Während sich aber die reinen synallagmatischen Verträge durch einen gegenseitigen und möglichst gleichwertigen Leistungsanspruch auszeichnen, ist es den Geschäftsführungsverhältnissen eigen, dass sie in zwei Stufen abgewickelt werden. Zunächst handelt der Geschäftsführer anstelle und ausschliesslich im Interesse des Geschäftsherrn und erst nach Erfüllung dieser Aufgabe tritt er diesem zum Zwecke der Auseinandersetzung gegenüber [39]. Für die Geschäftsführung ist also das uneigennützige Tätigwerden für fremde Interessen in Erfüllung einer Fürsorgepflicht und - im Gegensatz zu den synallagmatischen Verhältnissen - die zweistufige Abwicklung charakteristisch.
Wird jedoch der Ausdruck "Geschäftsführung" im allgemeinen Sprachgebrauch verwendet, so wird in aller Regel darunter die Leitung eines Unternehmens verstanden. Tatsächlich findet sich der Begriff im Gesellschaftsrecht recht oft; allerdings wird klar unterschieden zwischen Geschäftsführung und Vertretung, was in den bisherigen Ueberlegungen beides unter dem Begriff Geschäftsführung zusammengefasst wurde: bei der einfachen Gesellschaft (Art. 535 / 543 OR), bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft ist in Art. 563 resp. 603 OR die Vertretung geregelt, bezüglich der Geschäftsführung ist auf die einfache Gesellschaft

---

37) vgl. dazu Bürgi Art. 717 N 7
38) Gautschi Art. 394 N 3
39) Gerhard 20 f

verwiesen (Art. 557 resp. 598 OR); auch für die Aktiengesellschaft (Art. 717 OR) und für die Genossenschaft (Art. 898 OR) werden Geschäftsführung und Vertretung nebeneinander erwähnt. In ähnlicher Weise ist die Geschäftsführung durch den Vereinsvorstand in Art. 69 ZGB ("die Angelegenheiten des Vereins zu besorgen und den Verein zu vertreten") umschrieben. Vor allem bei der einfachen Gesellschaft, der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft kommt klar zum Ausdruck, dass das Gesetz unter dem Begriff Geschäftsführung eine gesellschaftsinterne Aufgabe versteht, etwa die Organisation und den Aufbau der Gesellschaft. Ist hingegen vom Verhältnis der Gesellschafter oder der Gesellschaft gegenüber Dritten die Rede, so verwendet das Gesetz den Begriff "Vertretung" [40]. Bürgi beschränkt denn auch den Begriff der Geschäftsführung auf die "interne Kompetenzerteilung zur tatsächlichen Führung von Geschäften", obwohl er auch der Vertretung einen geschäftsführenden Charakter zuerkennt [41]. Trotzdem muss aber Geschäftsführung als Überbegriff betrachtet werden, unter dem sowohl das Innen- als auch das Aussenverhältnis zu verstehen ist [42]. Funk umschreibt die Geschäftsführung als "jede auf die Erreichung des Gesellschaftszweckes gerichtete Tätigkeit" und unterscheidet zwischen einer internen und einer äusseren Geschäftsführung [43]. Die Vertretung, als andere Bezeichnung für die äussere Geschäftsführung, umfasst demzufolge lediglich einen Teilaspekt der Geschäftsführung. Damit wird der richtige Inhalt der Geschäftsführung getroffen [44].

Zusammenfassend können wir festhalten, dass die Geschäftsführung ein Tätigwerden im Interesse des Geschäftsherrn beinhaltet. Dieses Rechtsverhältnis beruht

---

40) Funk Art. 535 N 1
41) Bürgi 643
42) so Gutzwiller Art. 897 bis 899 N 7 ff, insb. N 25 bis 28, Funk Art. 535 N 1 und Art. 717 N 1 f und Meier-Hayoz/Forstmoser 61
43) Funk Art. 535 N 1
44) vgl. dazu BGE 97 IV 13, 100 IV 113 und 172 f

entweder auf Gesetz oder Vertrag. Die Geschäftsführung kann sowohl eine innere wie auch eine äussere sein. Die äussere Geschäftsführung zeigt ihre Wirkungen im Aussenverhältnis. Ihr liegt regelmässig ein Vertretungsverhältnis zugrunde. Der Geschäftsführer handelt entweder in direkter oder indirekter Stellvertretung. Die innere Geschäftsführung zeitigt keine Wirkungen im Rechtsverhältnis zu Dritten. Sie ist beschränkt auf das Innenverhältnis.

Vergegenwärtigen wir uns nochmals den Sinn der ungetreuen Geschäftsführung des Art. 159 StGB. Dieser Artikel will das Vermögen desjenigen schützen, der sich freiwillig oder durch bestimmte Umstände gezwungen entschliesst, einem Dritten die Verfügungsmacht über sein Vermögen oder Teile davon zu übertragen mit der Absicht, dass dieser dafür sorgen soll. Somit sind für das Strafrecht einmal nur jene Geschäftsführungsverhältnisse relevant, die sich auf Vermögenswerte beziehen. Es kann aber auch nicht Sinn des Gesetzes sein und war auch nicht Sinn des Gesetzgebers [45], dass nun jede Vollmachterteilung zu einem Tat- oder Rechtshandlungsauftrag, wie sie im Leben täglich vorkommen, Gegenstand von Art. 159 StGB sein soll. So ist der Geschäftsführungsbegriff, wie er uns im Zivilrecht gegenübertritt, zwar grundsätzlich auch für das Strafrecht massgebend, für die Anwendung im Art. 159 StGB aber offensichtlich zu weit und es obliegt dem Strafrecht die Aufgabe, erhöhte Anforderungen an den Begriff zu stellen, um Art. 159 StGB sinnvoll anwenden zu können.

---

45) 2. Exp.-Kommission 376

3. Der Geschäftsführungsbegriff des Art. 159 StGB

In den vorhergehenden Abschnitten [46] haben wir aufgezeigt, dass nach Art. 159 StGB nur ein Geschäftsführer strafbar sein kann. Das Bundesgericht führt dies mehrmals deutlich an: "Die Tat setzt somit unter anderem voraus, dass der Täter für fremdes Vermögen 'sorgen soll'. Gemeint ist, dass er fremde Geschäfte zu besorgen, d.h. zu führen habe" [47]. An anderer Stelle sagt es: "Neben der gesetzlichen oder vertraglich übernommenen Pflicht, für ein fremdes Vermögen zu sorgen, setzt Art. 159, wie sich aus dem Randtitel 'Ungetreue Geschäftsführung' ergibt, ferner voraus, dass dem Täter die Stellung eines Geschäftsführers zukommt. Nicht jede beliebige Fürsorgepflicht für ein fremdes Vermögen oder Bestandteile eines solchen fällt unter Art. 159 StGB, sondern nur eine Fürsorge, die Geschäftsführung ist" [48]. Ein gewöhnliches Tätigwerden für fremde Interessen erfüllt die Anforderungen von Art. 159 StGB also noch nicht. Diese Fürsorge muss in einer Geschäftsführerstellung wahrgenommen werden, an die offensichtlich spezielle Anforderungen gestellt werden müssen. Dass die Fürsorge nicht eine gewöhnliche sein kann, ergibt sich, wie das Bundesgericht ausführt, daraus, dass der Ausdruck "sorgen für" des Art. 159 StGB im französischen Text zwar mit "veiller" wiedergegeben sei, im Randtitel jedoch der Ausdruck "gestion" gebraucht werde. Mit "gérer" seien aber in Art. 394 und 419 OR Tätigkeiten bezeichnet, die im deutschen Text mit "Geschäfte besorgen" umschrieben seien, weshalb dem Wort "veiller" in Art. 159 StGB kein weiterer Sinn entnommen werden dürfe als dem Wort "gérer" [49]. Somit kann aber der deutsche Begriff "sorgen für" keinesfalls so weit verstanden werden, wie er im Zivilrecht Anwendung findet, wo unter anderem auch Tätigkeiten wie "das Nötige veranlassen", "sich um etwas kümmern", "anordnen"

---

46) vorne 27 ff
47) BGE 80 IV 246
48) BGE 81 IV 279, vgl. BGE 100 IV 36
49) so BGE 80 IV 247, 100 IV 36, vgl. insb. Gersbach 30 ff

oder "überwachen" (vgl. Art. 311, 405, 419 ZGB) unter diesen Begriff fallen [50].

Wiederholt wird im schweizerischen Schrifttum hervorgehoben, dass der ungetreuen Geschäftsführung eine "besondere Treuepflicht" [51] zugrundeliege, dass der Täter einen "Treuebruch" begehe [52] oder dass eine Vermögensschädigung unter "Verletzung des ihnen gewährten Vertrauens" erfolge [53]. Auch in der Praxis tauchen solche Wendungen auf: "Treuepflicht gröblich verletzt" oder "stellte einen Treuebruch dar" [54]. Soll also im Zusammenhang mit Art. 159 StGB von einem Treuebruch die Rede sein, so würde dies voraussetzen, dass zwischen dem Täter und dem Opfer ein besonderes Vertrauensverhältnis bestehen müsste. Tatsächlich war auch Stooss dieser Ansicht, wenn er die Untreue mit der "eigennützigen Ausbeutung eines Vertrauensverhältnisses" umschrieb [55]. Demgegenüber fälllt aber auf, dass es das Bundesgericht bis heute weitgehend vermieden hat [56], von Treuebruch oder Vertrauensverhältnis zu sprechen. In Gegenteil, es spricht vorwiegend von Verletzung der Fürsorgepflicht [57]. Wie im Zivilrecht zum Geschäftsführungsverhältnis nicht notwendigerweise ein Vertrauensverhältnis gehört, auch wenn es tatsächlich in aller Regel vorhanden sein wird [58], besteht auch für das Strafrecht keine besondere Veranlassung, ein solches Verhältnis als Tatbestandsmerkmal dieses Vermögensdeliktes vorauszusetzen [59]. Dieser Ansicht scheint auch Hafter, obwohl er den Ausdruck "Treuebruch" selbst gebraucht, zu sein, wenn er sagt: "Um die Ausbeutung eines Vertrauensverhältnisses zwischen dem Täter und dem Geschädigten braucht

---

50) Graven SJK 5
51) Stratenwerth 257
52) Hafter I 319
53) Pfenninger 298
54) BlZR 71/1972 314
55) Stooss, Motive 171
56) mit Ausnahme von BGE 86 IV 12
57) BGE 97 IV 17, 95 IV 66, 88 IV 142
58) Gerhard 9
59) vgl. BGE 77 IV 206: "Ob dem Dr. Dällenbach besonderes Vertrauen entgegengebracht wurde, weil er Fürsprecher ist, ist unerheblich".

es sich nicht zu handeln"[60]. Der Tatbestand setzt lediglich voraus, dass dem Geschäftsführer eine Vermögensfürsorgepflicht auferlegt ist, ohne dass als weiteres, äusserst unscharfes Kriterium noch ein Vertrauensverhältnis zu verlangen ist[61]. Zu dieser Unklarheit trägt nicht zuletzt das Marginale mit dem Ausdruck "ungetreue" bei[62]. Mit ungetreu kann aber nichts anderes gemeint sein, als dass der Geschäftsführer im Sinne und Interesse des Geschäftsherrn handeln soll. Mit einer Aenderung des Marginale in "Pflichtwidrige Geschäftsführung" wäre einiges an Klarheit gewonnen, ohne damit inhaltlich Wesentliches zu ändern.
Folgende Kriterien sind wesentlich bei der Beurteilung einer Geschäftsführerstellung:

a) Die Wahrnehmung fremder Interessen

Eine Geschäftsführung liegt nur vor, wenn fremde Interessen wahrgenommen werden. Dies ergibt sich schon aus dem zivilrechtlichen Begriff. "Geschäftsführung für einen anderen 'ohne Rücksicht auf das Interesse' dieses anderen, ist an sich ein Widerspruch. Sie ist als vertragliche Geschäftsführung,..., begrifflich nicht denkbar"[63]. Bezüglich der Interessenlage können drei verschiedene Fälle von Rechtsverhältnissen unterschieden werden:
- wo grundsätzlich die eigenen Interessen im Vordergrund stehen, so bei Kauf und Miete;
- wo die Wahrnehmung von fremden Interessen die primäre Aufgabe ist, wie beim Vormund, Willensvollstrecker;
- wo fremde wie auch eigene Interessen etwa gleichbedeutend sind, so bei Gesellschaftern untereinander[63 a].

Bei Wahrnehmung vorwiegend eigener Interessen kann es sich,

---

60) Hafter I 319 N 5
61) so auch Büttner 71, Cartier 130 und 140 f
62) vgl. Walder 33
63) Gautschi Art. 423 N 2 a
63 a) vgl. Walder 13 f

wie erwähnt, nicht um Geschäftsführung handeln [64]. Das Bundesgericht führt dazu deutlich aus: "Geschäftsführung im Sinne dieser Bestimmung liegt nicht jedesmal vor, wenn jemand auf Grund eines Vertrages fremdes Vermögen in die Hand erhält, über das er nicht restlos nach freiem Belieben verfügen darf. Wer fremdes Vermögen nicht zwecks Wahrnehmung der fremden Interessen, sondern ausschliesslich im eigenen Interesse übernimmt, wie z.B. der Entlehner oder Mieter, ist nicht Geschäftsführer. Die Pflicht, die fremden Interessen wahrzunehmen oder sie wenigstens nicht zu verletzen, ist hier nicht Gegenstand des Vertrages, sondern nur die notwendige Folge der Beschränkung des Rechts, das dem Empfänger am fremden Vermögen eingeräumt wird. Wenn der Empfänger das ihm anvertraute Vermögensstück vertragswidrig gebraucht, verletzt er nicht eine Pflicht zur Besorgung fremder Geschäfte, sondern überschreitet lediglich das Recht, das ihm der andere am Vermögensstück eingeräumt hat" [65]. Geschäftsführung liegt also nur vor, wenn die fremden Interessen überwiegen oder mindestens ebenso gewichtig sind wie die eigenen [66]. So konnte ein Verwaltungsratspräsident, der der Gesellschaft eine offensichtlich übersetzte Spesenabrechnung unterbreitete und bezahlt erhielt, nicht wegen ungetreuer Geschäftsführung bestraft werden, da er bei der Anforderung des Spesenersatzes seine eigenen Interessen und nicht jene der Gesellschaft verfolgte und somit bei dieser Tätigkeit nicht als deren Geschäftsführer aufgetreten war [67]. Ebenso jener Beschuldigte, der für eine Frau, die eine Wäscherei betrieb, Aufträge selbständig acquirierte und das Inkasso besorgte. Dabei handelte er

---

64) Walder 14, Nager 56 f
65) BGE 77 IV 204 f
66) Walder 14
67) SJZ 50/1954 104

auf eigene Rechnung und behielt in der Folge Zahlungen eines Grosskunden zurück. Auch er konnte nicht als Geschäftsführer betrachtet werden, da er insbesondere seine eigenen Interessen wahrnahm und im Gegenteil er als Auftraggeber betrachtet werden musste [68]. Auch in Deutschland wird Untreue verneint, wenn jemand eine Vorauszahlung für andere Zwecke verwendet als zum Ankauf der bestellten Ware. Denn, so das Reichsgericht, "die Pflicht, Vertragsbedingungen zu erfüllen, ist nicht gleichbedeutend mit der Pflicht, im Sinne des § 266 StGB die Vermögensinteressen eines anderen wahrzunehmen oder zu betreuen" [69]. Auch hier stehen immer noch die eigenen Interessen im Vordergrund. Denn soll ein Geschäftsführungsverhältnis angenommen werden können, so muss die Wahrnehmung fremder Interessen wesentlicher Gegenstand des betreffenden Vertrages sein [70]. Demzufolge kann kein Geschäftsführungsverhältnis angenommen werden, wenn ein Kauf mit Eigentumsvorbehalt abgeschlossen wird, denn es ist nicht typisches Merkmal des Kaufvertrages, dass fremde Interessen wahrgenommen werden müssen [71] und auch ein Eigentumsvorbehalt vermag dieses Kriterium nicht zu begründen.

b) Die Selbständigkeit

Das bedeutendste Kriterium, ob jemand als Geschäftsführer im Sinne von Art. 159 StGB betrachtet werden kann, ist die Selbständigkeit [72]. Deshalb ist der Leiter einer Kollektivgesellschaft Geschäftsführer [73], ebenso der Abteilungsleiter einer Aktiengesellschaft [74] und auch ein Angestellter, der für eine Aktiengesellschaft einen Kiosk

---

68) SJZ 60/1964 142
69) RG St 69,146
70) Stratenwerth 257 f, vgl. auch Welzel 388, Frank, Nachtrag 56
71) vgl. Schönke-Schröder § 266 N 26
72) vgl. BGE 100 IV 36, 172, 97 IV 15, 95 IV 66, Schwander 363, ebenso BGE 101 IV 167
73) BGE 80 IV 243
74) BGE 81 IV 276

zu leiten hatte [75] sowie der Konsumverwalter [76], dagegen nicht der Buchhalter, der nur Unterlagen zu besorgen und die technische Seite des Postcheckverkehrs zu betreuen hatte, da ihm keinerlei Verfügungsmacht über das Geschäftsvermögen zustand [77]. Dem Geschäftsführer muss also in einem bestimmten Bereich eine Entscheidungsbefugnis zustehen. Er bedarf eines hohen Masses an Bewegungsfreiheit innerhalb eines eigenständigen Verantwortlichkeitsbereiches, wofür er dem Geschäftsherrn gegenüber einzustehen hat [78]. Ohne diesen Verantwortlichkeitsbereich für ein bestimmtes Geschäftsvermögen lässt sich der Vorwurf eines strafwürdigen Verhaltens nicht erheben [79]. Damit ist implicite gesagt,dass vor allem jene Geschäftsführung von Bedeutung ist, die in leitender Stellung wahrgenommen wird [80]. Der Ausdruck "leitende Stellung" darf jedoch nicht nur in dem Sinne verstanden werden, dass nur die oberste Position in einem Geschäftsbetrieb, als Direktor oder als Verwaltungsratsmitglied, massgebend ist, denn auch wer nur einem Teilbereich eines Betriebes vorsteht, eben z.B. als Abteilungsleiter, ist in leitender Stellung tätig, da er eine eigenständige Verantwortung für seinen Bereich trägt [81]. Hingegen wurde ein Angestellter als Leiter einer Unterabteilung nicht mehr als Geschäftsführer betrachtet, da er keine eigene Entscheidungsbefugnis besass [82].

Einen eigenständigen Verantwortlichkeitsbereich lässt sich aber sehr oft auch in unteren Positionen finden, z.B. der Verkauf von Gebührenmarken durch eine hauptsächlich mit Schreibarbeiten beschäftigte Angestellte. Hier kann jedoch nicht von Geschäftsführung gesprochen werden, da der

---

75) BGE 86 IV 12
76) RS 1951 Nr. 128 45
77) BGE 95 IV 65, vgl. BGE 101 IV 164
78) vgl. BGE 88 IV 141: "allein befugt", ebenso SJZ 60/1964 210
79) vgl. auch Büttner 72
80) so das Bundesgericht in BGE 97 IV 13
81) BGE 81 IV 276
82) SJZ 60/1964 210

übertragene Pflichtenkreis von zu geringer Bedeutung ist und keine freie Verfügungsmacht enthält [83]. Deshalb muss jener Zürcher Entscheid als zu weitgehend betrachtet werden, in dem zwei Mitarbeiter eines Fabrikationsbetriebes, die lediglich den Versand von Hemden und das betreffende Inkasso besorgten, der ungetreuen Geschäftsführung für schuldig erklärt wurden [84]. Diese Mitarbeiter erfüllten die Anforderungen, die hier an den Geschäftsführer gestellt werden müssen, in keiner Weise [85].

c) Die fehlende Kontrolle

Ein entscheidendes Indiz, ob ein Verantwortlichkeitsbereich vorliegt, ist die Kontrollmöglichkeit. Wird über die Tätigkeit eines Geschäftsführers bis in einzelne Bereiche hinein eine regelmässige Kontrolle ausgeübt, so fehlt es an der notwendigen Selbständigkeit und an eine Unterstellung der Tätigkeit unter Art. 159 StGB kann nicht gedacht werden [86]. Andererseits ist aber festzuhalten, dass bei Fehlen einer Kontrolle oder einer Kontrollmöglichkeit nicht notgedrungen auf eine Geschäftsführerstellung geschlossen werden muss, wenn die übrigen Voraussetzungen fehlen. Zu denken ist hier insbesondere an einen Angestellten, der über besondere Fachkenntnisse verfügt. Seine Tätigkeit kann, wenn überhaupt, nur bedingt kontrolliert werden [87].

d) Eine gewisse Dauer

Für die Beurteilung der Geschäftsführerstellung ist es dagegen nicht von Bedeutung, ob eine Fürsorgepflicht für einen gesamten Vermögenskomplex besteht, wie dies beim Vormund oder beim leitenden Organ einer juristischen Person gegeben ist, oder ob diese nur für einzelne

---

83) vgl. Stratenwerth 258, BGH St 3,294
84) BlZR 51/1952 359
85) Da ein anvertrautes Gut angeeignet wurde, hätte zudem dieser Sachverhalt richtigerweise wohl unter dem Gesichtspunkt der Veruntreuung beurteilt werden können, vgl. Walder 40
86) Walder 15, Nager 94
87) vgl. BGE 95 IV 66

Vermögensteile wahrzunehmen ist, wie etwa beim Abteilungsleiter. Darüber herrscht weitgehend Einigkeit in Lehre und Praxis [88]. Demgegenüber wird jedoch in einem Basler Entscheid gesagt, "dass der Tatbestand von Art. 159 StGB eine Verpflichtung zur Geschäftsführung voraussezt, was in der Regel die Sorgepflicht um einen fremden Vermögenskomplex bedeutet, wogegen die Verletzung eines Auftrages, der sich bloss auf die Verwertung eines einzelnen Vermögensstückes bezieht, im allgemeinen zur Strafbarkeit nicht genügt" [89]. Auf den konkreten Tatbestand zugeschnitten ist diese Begründung gewiss zutreffend. In seiner letzten Konsequenz führt diese Aussage aber dazu, dass nur noch jene, die in einem festen und dauernden Fürsorgeverhältnis, also in einem arbeitsvertraglichen Verhältnis für fremdes Vermögen zu sorgen haben, der ungetreuen Geschäftsführung fähig sind. Jeder Beauftragte, der für kleinere Vermögensteile zu sorgen hat, würde somit zum vorneherein ausser Betracht fallen. Eigentlich stellt sich hier aber nicht die Frage, wie gross der zu betreuende Vermögensteil ist, sondern ob überhaupt ein Geschäftsführungsverhältnis im Sinne von Art. 159 StGB vorgelegen habe. Und dieses liegt, so scheint uns, tatsächlich nicht vor, wenn ein einmaliger Auftrag erteilt wird, ein einzelnes Vermögensstück zu verwerten [90].

---

88) Schultz, Wirtschaftskriminalität 21, Logoz 193, Graven SJK 7, Schwander 364, ebenso bereits Zürcher 163: "Durch Vertrag kann sowohl die Verwaltung eines ganzen Vermögenskomplexes, als auch die Führung einzelner Geschäfte übertragen und übernommen werden"; BGE 100 IV 36, 81 IV 279, PKG 1957 73; so auch in Deutschland für den Bereich des Missbrauchtatbestandes: Maurach BT 340

89) BJM 1970 297

90) im fraglichen Entscheid wurde eine ungetreue Geschäftsführung aber noch aus anderen Gründen abgelehnt

Hier bedarf es, nebst der Verfügungsmacht, des Verantwortlichkeitsbereiches und der fehlenden Kontrolle, noch eines weiteren Kriteriums, nämlich jenes einer gewissen Dauer der Rechtsbeziehungen. Nur wer von seinem Auftraggeber wiederholt mit Vermögensfürsorgeaufgaben beauftragt wird oder während längerer Zeit mit der gleichen Aufgabe von einiger Bedeutung betraut ist, kann die Voraussetzungen von Art. 159 StGB erfüllen.[91] Dieses Moment der Dauer, das also beim Beauftragten noch zusätzlich gegeben sein muss, liegt bei den übrigen Geschäftsführungsverhältnissen, von denen bis jetzt die Rede war, bereits notwendigerweise vor: beim Vormund, beim Angestelltenverhältnis, bei den Organen im Gesellschaftsrecht. Beim Auftrag hingegen fehlt dieses Element, da er durchaus auf einen einzigen Tat- oder Rechtshandlungsauftrag beschränkt sein kann und zudem noch jederzeit einseitig widerrufen werden kann (Art. 404 OR).

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass dann von einem Geschäftsführer in selbständiger und leitender Stellung gesprochen werden kann, wenn dieser für eine bestimmte Dauer in einem eigenständigen Verantwortlichkeitsbereich eine - im Rahmen vorliegender oder nach den Umständen bestimmbarer Weisungen - freie Verfügungsmacht über fremdes Vermögen besitzt, ohne dass eine regelmässige oder jederzeitige Kontrolle seiner Tätigkeit üblich oder möglich ist.[91a] Würden diese - zugegebenermassen - hohen Anforderungen an den Geschäftsführer nicht gestellt, so gelangte man dazu, dass jeder Mieter, Pächter, Arbeitnehmer, Käufer unter Eigentumsvorbehalt, ja sogar der Finder tauglicher Täter von Art. 159 StGB wäre.[92]

---

91) 2. Exp.-Kommission 373; Sten. Bull. Nationalrat 1929 358, Berichterstatter Logoz: im Unterschied zur Veruntreuung zeichne sich die ungetreue Geschäftsführung durch einen "rapport juridique, durable" aus; RS 1951 Nr. 217 45; vgl. Frank, Nachtrag 55, BGH St 12,208

91a) Auch in dieser Umschreibung der Geschäftsführerstellung wird die Verwandtschaft zwischen der ungetreuen Geschäftsführung und der Veruntreuung sichtbar. Zur Abgrenzung vgl. hinten 152 ff

92) so noch Ostertag SJZ 35/1938/39 290, der keine Geschäftsführungsbefugnis voraussetzt, sondern lediglich verlangt, dass jemand für fremdes Vermögen in irgendeiner Form zu sorgen hat.

Dass bei der Abgrenzung der tatbestandsmässigen Geschäftsführerstellung Schwierigkeiten entstehen können, zeigt etwa die Beurteilung der Geschäftsführerqualität des Handelsreisenden.
Nach von Rechenberg sei der Handelsreisende als ungetreuer Geschäftsführer strafbar, wenn er aufgrund seiner Vollmacht absichtlich ungünstige Verträge abschliesse, dagegen nicht, wenn er aus Faulheit überhaupt untätig bleibe. Dies sei lediglich eine Nichterfüllung des Arbeitsvertrages [93]. Demgegenüber sieht Walder gerade in der Tatsache, dass der untätige Handelsreisende nicht strafwürdig sei, ein Indiz für die fehlende Geschäftsführerqualität [94]. Dieser Ansicht ist beizupflichten. Wohl hat der Handelsreisende fremde Vermögensinteressen dadurch wahrzunehmen, dass er verpflichtet ist, seinem Geschäftsherrn möglichst viele Kunden zuzuführen. Tatsächlich geniesst er auch in aller Regel ein recht grosses Vertrauen; dass dies jedoch im Rahmen von Art. 159 StGB nicht von entscheidender Bedeutung ist, darauf haben wir schon hingewiesen [95]. Andererseits ist festzuhalten, dass er im Normalfall lediglich befugt ist, Geschäfte zu vermitteln, nicht aber, solche abzuschliessen (Art. 348 b OR). Somit besitzt der Geschäftsherr die Möglichkeit, die angebahnten Beziehungen zum Kunden und damit indirekt auch die Tätigkeit des Handelsreisenden zu kontrollieren. Fehlt ihm also die Befugnis, Geschäfte abzuschliessen, so fehlt ihm auch die notwendige Verfügungsmacht innerhalb eines eigenständigen Kompetenzbereiches. Von einer Geschäftsführerqualität kann somit nicht gesprochen werden. Dies ändert sich auch dann nicht, wenn der Handelsreisende eine Abschlussvollmacht besitzt. Denn zu stark ist er an die Weisungen des Geschäftsherrn gebunden (Art. 348 Abs. 2 OR), insbesondere was die Vertragskonditionen

---

93) von Rechenberg, Kriminalistik 1962 583
94) Walder 16
95) vorne 39 f

wie etwa Preisrabatte betrifft, die er nur in ganz engem Rahmen selbständig gewähren kann, so dass die notwendige Selbständigkeit und freie Verfügungsmacht auch hier nicht gegeben ist. Somit liegt sowohl beim Abschluss ungünstiger Verträge als auch beim Untätigsein zwar eine Vertragsverletzung vor, nicht aber eine Geschäftsführungshandlung im Sinne von Art. 159 StGB.

Auch hier zeigt sich nochmals recht deutlich, dass es sicher richtig ist, an den Geschäftsführerbegriff hohe Anforderungen zu stellen. Wollte man auch die genannten Pflichtverletzungen des Handelsreisenden der ungetreuen Geschäftsführung unterstellen, so wäre der Möglichkeit, jede Vertragsverletzung strafrechtlich zu verfolgen, Tür und Tor geöffnet [96]. Namentlich beim Art. 159 StGB ist diese Gefahr gross, ist doch gerade die Verletzung einer Vertragspflicht eine der Voraussetzungen der Strafbarkeit [97]. Eine Verfolgung gewöhnlicher Vertragsverletzungen widerspräche jedoch dem Grundgedanken der Subsidiarität des Strafrechts, wonach die Strafsanktion nur bei schweren Rechtsgutsverletzungen eintreten soll. Deshalb ist es bestimmt richtig, wenn jenen Vertragsverletzungen, die durch Art. 159 StGB nicht erfasst werden können und auch keinem anderen Straftatbestand unterstehen, der strafrechtliche Schutz entzogen wird und sie lediglich den zivilrechtlichen Schadenersatzregeln unterstellt werden [98]. Auch wenn die Ahndungsmöglichkeiten der vorsätzlichen Vertragsverletzung in unserem Strafrecht verschiedentlich als allzu gering

---

96) Eine solche Pönalisierung der Nichterfüllung einer vertraglich übernommenen Leistung findet sich im Militärstrafrecht für Zeiten des Aktivdienstes. Ziff. 1 von Art. 97 MStGB lautet: "Wer vorsätzlich in einer Zeit, da die Truppen zum Aktivdienste aufgeboten sind, vertraglich übernommene Leistungen für die Armee nicht oder nicht gehörig erfüllt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft."

97) von Rechenberg, Kriminalistik 1962 584

98) gl.M. von Rechenberg, Kriminalistik 1962 584; vgl. auch Walder 59

empfunden werden [99], so wäre es aber sicher falsch, dieses Problem durch Ausdehnung des Tatbestandes der ungetreuen Geschäftsführung lösen zu wollen [100].

---

99) so Hafter I 216, Nager 94 f mit Literaturhinweisen

100) vgl. Baumann, ZStW 68 525 f; a.M. Gautschi Art. 398 N 8 b, der diese Tendenz in der schweizerischen Rechtssprechung bereits zu erkennen glaubt

III. Die Begründung der Fürsorgepflicht

In Art. 159 StGB wird scheinbar klar festgelegt, dass nur jener strafbar ist, der jemanden am Vermögen schädigt, "für das er infolge einer gesetzlichen oder vertraglich übernommenen Pflicht sorgen soll". In welchem Umfang der Begriff "sorgen für" verstanden werden soll, wurde bereits dargelegt[100a]. Es gilt aber auch zu klären, was unter gesetzlicher oder vertraglicher Pflicht zu verstehen ist; insbesondere ist die Frage zu prüfen, inwiefern ein besonderes zivilrechtliches Verhältnis Einfluss auf die Strafbarkeit des Geschäftsführers auszuüben vermag.

1. Gesetzliche Begründung

Die gesetzliche Verpflichtung, für einen fremden Vermögenskomplex sorgen zu müssen, findet sich zwar am häufigsten im ZGB, insbesondere im Familienrecht. Als "gesetzlich" ist aber jede generell-abstrakte Norm zu betrachten[101]. Eine Fürsorgepflicht ist somit nicht nur dann gesetzlich begründet, wenn sie sich auf ein Gesetz im formellen Sinn, das in dem dafür vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren entstanden ist[102], abstützt; auch eine Verordnung kann massgebend sein. Aber nicht nur Bundesrecht, auch kantonales und kommunales Recht[103] kann eine Fürsorgepflicht begründen.

Eine gesetzliche Verpflichtung zur Vermögensfürsorge ist vor allem in folgenden Fällen vorgesehen:[104]

a) Fürsorgepflichten, die aus dem ZGB, insbesondere aus dem Familienrecht abgeleitet sind:
   - die Verwaltung des Kindesvermögens durch die Eltern (Art. 290 ZGB)

100a) vorne 38 f, vgl. auch Gersbach 30 ff
101) Schultz I 47
102) Giacometti 144
103) vgl. dazu Imboden I 113 ff, BGE 89 I 470
104) die Zusammenstellung will nur drei Hauptgruppen anführen

- die Verwaltung des ehelichen Vermögens, insbesondere des eingebrachten Frauengutes, bei der Güterverbindung durch den Ehemann (Art. 200 ff ZGB)
- die Verwaltung des Gesamtgutes durch den Ehemann bei Gütergemeinschaft (Art. 216 ZGB)

b) bei privatrechtlicher "Geschäftsbesorgung aufgrund einer amtlichen Bestellung" [105]. Zu denken ist hier an den Vormund, Beirat sowie Beistand (Art. 392 ff ZGB) oder an den Erbschaftsverwalter (Art. 554 ZGB). Nicht hieher gehört hingegen der Willensvollstrecker (Art. 517 ZGB), da keine amtliche Bestellung vorliegt [106]. Der von der herrschenden Meinung als Treuhänder bezeichnete Willensvollstrecker [107] ist vielmehr durch ein privatrechtliches Rechtsgeschäft berufen, wobei dahingestellt sein kann, ob es sich dabei um ein auftragsähnliches oder gar um ein besonderes Rechtsverhältnis handle [108].

c) bei gesetzlich statuierten Berufspflichten. Hier sind vor allem die Beamten und Behördenmitglieder zu erwähnen, denen aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften eine Vermögensfürsorgepflicht auferlegt wird, so etwa dem Gemeindeschreiber, der die Gemeindesteuer einzuziehen hatte [109] oder dem Kantonstierarzt [110].

2. Vertragliche Begründung

Einleitend ist festzuhalten, dass es grundsätzlich bei verschiedensten Vertragsarten möglich ist, eine Vermögensfürsorgepflicht zu begründen. Eine gesetzliche Beschränkung auf

---

105) wie Gautschi, Vorbem. zu Art. 419 bis 424 N 2 dies umschreibt
106) a.M. Gautschi a.a.O.
107) vgl. Guhl 148, BGE 90 II 381 mit weiteren Literaturhinweisen
108) vgl. dazu BGE 90 II 380
109) BGE 81 IV 228
110) BGE 88 IV 133

bestimmte, hiefür besonders geeignete Vertragsverhältnisse kennt unser Recht nicht [111]. Wenn Ostertag bemerkt, dass in Art. 159 StGB die Umschreibung "vertraglich" zu eng, dass vielmehr jede rechtsgeschäftliche Begründung massgeblich sei [112], so ist dies insofern sicher richtig, als nebst den gegenseitigen, wesentlich oder beschränkt zweiseitigen Verträgen auch andere Rechtsgeschäfte von Bedeutung sein können, so insbesondere der Gesellschaftsvertrag, bei dem im Unterschied zum gegenseitigen Vertrag die einzelnen Leistungen auf ein gemeinsames Ziel gerichtet sind [113]. Einseitige Rechtsgeschäfte hingegen sind im Zusammenhang mit Art. 159 StGB nicht von Bedeutung [114], da die Begründung der Fürsorgepflicht, wie noch zu zeigen sein wird [115], stets einer formellen oder faktischen Zustimmung des Fürsorgepflichtigen bedarf, wie etwa beim testamentarisch berufenen Willensvollstrecker [116]. Eine Vermögensfürsorgpflicht entsteht hier erst, wenn er den Auftrag angenommen hat [117].

Hier liegt nun ein wesentlicher Unterschied zur gesetzlichen Begründung der Fürsorgepflicht. Die Verpflichtung aus Gesetz besteht auch dann, wenn der Fürsorgepflichtige keine formelle oder faktische Zustimmung gegeben hat [118]. Auf diese Unterscheidung weist auch schon der Wortlaut von Art. 159 StGB hin, wo bei der vertraglichen Begründung von einer "übernommenen" Pflicht gesprochen wird.

Vertragsarten, bei denen grundsätzlich die Wahrnehmung der

---

111) vgl. Germann, Verbrechen 290; anders im französischen Art. 408 CP, wo der Vertrauensmissbrauch nur bei Miete, Hinterlegung, Auftrag, Verpfändung, Gebrauchsleihe oder Arbeitsvertrag strafbar ist

112) Ostertag SJZ 35/1938/39 290

113) Guhl 525

114) vgl. aber Nager 61

115) hinten 61

116) vorne 51

117) vgl. Art. 517 Abs. 2 ZGB

118) So kann der Vormund sogar gegen seinen Willen zur Uebernahme eine Vermögensfürsorgepflicht gezwungen werden, vgl. Art. 382 ZGB

eigenen Interessen im Vordergrund stehen, fallen zur Begründung der Fürsorgepflicht ausser Betracht. Dazu zählen etwa Kauf, Miete, Pacht, Leihe wie auch der Werkvertrag [119]. Diese Verträge werden denn auch als Interessengegensatzverträge bezeichnet [120]. Zu diesen Vertragsarten gehört grundsätzlich auch der Arbeitsvertrag, doch wird einem Arbeitnehmer vielfach ein Aufgabenbereich zugewiesen, in dem er vorwiegend die Interessen des Arbeitgebers wahrzunehmen hat und somit als Geschäftsführer betrachtet werden kann. Dies war der Fall beim Kioskleiter [121], beim Konsumverwalter [122], beim Prokuristen [123] wie auch beim Bauführer [124].

Als eigentliche Geschäftsbesorgungsverträge sind jedoch der Auftrag sowie die besonderen Auftragsarten zu bezeichnen [125], auch Interessen-Wahrungsverträge genannt [126]. Hier ist das Tätigwerden für fremde Interessen ein Wesensmerkmal des Vertrages. Aber selbst beim Auftrag wird nicht stets eine Fürsorgepflicht begründet, die bereits den Anforderungen von Art. 159 StGB genügen würde . Der Beauftragte muss zusätzlich in der erwähnten spezifischen Geschäftsführerstellung tätig werden [127].

Bereits in diesem Zusammenhang soll eingehender auf die fiduziarischen Rechtsgeschäfte eingetreten werden, wie sie in der Form der Treuhand für unseren Tatbestand bedeutsam sein können.

Der Begriff "Treuhand" ist allerdings etwas unklar und wird im allgemeinen Sprachgebrauch recht vielfältig verwendet. So wird darunter sowohl Verwaltungs- wie auch Begutachtungs-

---

119) vgl. BGE 77 IV 204 f
120) SJZ 71/1975 95
121) BGE 86 IV 12
122) RS 1951 Nr. 128 45, PKG 1959 129
123) SJZ 50/1954 150
124) PKG 1957 73
125) vorne 34
126) SJZ 71/1975 95
127) vorne 38 ff

und Revisionstätigkeit verstanden [128]. Treuhand im engeren und ursprünglichen Sinn bedeutet "Verwaltung fremden Gutes im eigenen Namen" [129]. Es ist aber zu unterscheiden zwischen der reinen oder echten Treuhand, wo lediglich die Interessen des Treugebers wahrgenommen werden, und der gemischten Treuhand, bei der die eigenen Interessen des Treuhänders mitspielen oder gar im Vordergrund stehen [130]. Infolge der notwendigen Interessenlage [131] ist im Zusammenhang mit der ungetreuen Geschäftsführung vorwiegend die reine Treuhandschaft von Bedeutung.

Der Fiduziar handelt als indirekter Stellvertreter "aus eigenem Recht für fremdes Interesse" [132]. Ueberträgt der Fiduziant das Treugut zu Eigentum, so räumt er dem Fiduziar eine äusserst starke Rechtsposition über sein Vermögen ein und bleibt seinerseits zivilrechtlich auf einen obligatorischen Schadenersatzanspruch beschränkt [133]. Gestützt auf das obligatorische Grundgeschäft, den pactum fiduciae [134], bleibt der Fiduziar dem Fiduzianten gegenüber weiterhin zu dessen Interessenwahrnehmung verpflichtet. Diese Verantwortlichkeit für fremde Vermögensinteressen rechtfertigt es, auch einen Treuhänder dem Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung zu unterstellen, sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind. Wie noch zu zeigen sein wird [135], ändert daran auch das besondere zivilrechtliche Eigentumsverhältnis nichts [136]. Wohl sind fiduziarische Rechtsgeschäfte vielfach auf die Abwicklung eines einzelnen Auftrages angelegt, was an sich den Anforderungen an ein Geschäftsführungsverhältnis im Sinne von Art. 159 StGB nicht genügt [137].

---

128) Guhl 148
129) BGE 68 I 120
130) Maday SJK 2 f
131) vorne 40 f
132) Guhl 148
133) Guhl 132
134) Guhl 131
135) hinten 68 f
136) gl.M. Nager 74 f, Stratenwerth 259, Leipziger Kommentar, 8. Aufl. 475; a.M. Germann, Verbrechen 290, Schönke-Schröder § 266 N 68
137) vorne 44 f

Eine länger dauernde Beziehung kann sich aber auch bei diesen Rechtsverhältnissen durchaus einstellen.

3. Verpflichtung aus Organstellung

Dass die geschäftsführenden Organe der iuristischen Personen ebenfalls Täter der ungetreuen Geschäftsführung sein können, ist unbestritten [138], obwohl sie nicht eindeutig als aus Gesetz oder Vertrag verpflichtete Geschäftsführer bezeichnet werden können. Sie nehmen vielmehr, wie Nager richtig feststellt, eine Zwischenstellung ein [139].
Die Begründung der Organstellung weist vertraglichen oder vertragsähnlichen Charakter auf [140]. In der Regel besteht zwischen Gesellschaft und Verwaltung ein Auftragsverhältnis oder, besonders bei einer hauptberuflichen Tätigkeit, ein arbeitsvertragliches Verhältnis [141]. Einerseits liegen also der Organstellung vertragliche Elemente zugrunde, die die Geschäftsführer unter anderem auch dazu verpflichten, für die Vermögensinteressen der Gesellschaft zu sorgen. Andererseits stellt das Gesetz zwingende Vorschriften auf - vor allem im Aktienrecht [142], weniger zahlreich im Genossenschaftsrecht [143] - die dem Geschäftsführer bestimmte Fürsorgepflichten auferlegen. So sind in Art. 722 bis 725 OR die Pflichten der Verwaltung einer Aktiengesellschaft umschrieben, in Art. 728 bis 731 OR jene der Kontrollstelle. Auch die Pflicht der Verwaltung, das Gesellschaftsvermögen zumindest im Umfang des statutarischen Grundkapitals zu erhalten, fliesst aus dem Gesetz, auch wenn sie dort nicht ausdrücklich umschrieben ist, sondern sich aus der Natur

---

138) so Graven SJK 5, Schultz, Wirtschaftskriminalität 22, Haab 118, von Rechenberg, Kriminalistik 1962 583 u.a.
139) Nager 61
140) BGE 66 II 165
141) Bürgi Art. 717 N 7
142) vgl. von Steiger F. 11
143) Gerwig 175

der Aktiengesellschaft ergibt [144].

Nebst den vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen sind für das Organ des weiteren auch Statuten, Reglemente und Generalsversammlungsbeschlüsse massgebend [145]. Die Fürsorgepflicht der geschäftsführenden Organe basiert somit nicht auf einer einheitlichen Grundlage, sondern teils auf Gesetz, teils auf Statuten und Reglementen sowie auf Vertrag. Deshalb bildet Schwander nebst den aus Gesetz oder Vertrag Verpflichteten zu Recht eine dritte Kategorie, nämlich jene Geschäftsführer, die "als Organ" verpflichtet sind, für fremdes Vermögen zu sorgen [146].

In einer Aktiengesellschaft könnten folgende Personen als taugliche Täter aus Organstellung in Frage kommen: die Mitglieder des Verwaltungsrates, Delegierte des Verwaltungsrates sowie Direktoren [147], ebenso die Liquidatoren, die die Geschäfte der aufzulösenden Gesellschaft führen [148]. Sie alle sind als Geschäftsführer im Sinne von Art. 159 StGB zu betrachten. Fraglich ist hingegen, ob auch die Mitglieder der Kontrollstelle [149] zu diesem Kreis zu zählen sind [150]. Gemäss gesetzlicher Vorschrift hat die Kontrollstelle lediglich eine Prüfungspflicht, insbesondere bezüglich Uebereinstimmung der Gewinn- und Verlustrechnung sowie der Bilanz mit den Büchern (Art. 728 OR), und die Pflicht zur Berichterstattung (Art. 729 OR). Diese Tätigkeit kann jedoch nicht als massgebliche Geschäftsführung bezeichnet werden [151]. Deutlich kommt dies auch aus Art. 731 OR zum Ausdruck, worin festgehalten wird, dass der Kontrollstelle auch andere, aber keine Aufgaben der Verwaltung, das heisst der Geschäftsführung

---

144) BGE 97 IV 13, vgl. auch BGE 100 IV 113, 172
145) vgl. Bürgi, Vorbem. zu Art. 698 bis 731 N 3, Art. 722 N 2, vgl. Thalmann 13 f
146) Schwander 363
147) vgl. Art. 717 OR
148) vgl. Art. 742 f OR, Seher 66 f
149) Art. 727 OR
150) bejahend: Haab 118, Graven SJK 5, Ostertag SJZ 35/1938/39 289; verneinend: Seher 67
151) gl.M. Seher 67 f

übertragen werden dürfen. Der Kontrollstelle kommt insbesondere keine Aufsichtsfunktion über die allgemeine Tätigkeit der Geschäftsführung zu [152]. Beschränkt sich aber die Aufsichts- und Kontrollaufgabe der Kontrollstelle auf den kalkulatorischen Bereich, so kann dieser Tätigkeit nicht jener Geschäftsführungscharakter zugesprochen werden, wie er in Art. 159 StGB vorausgesetzt wird [153].

Aehnlich verhält es sich bei der Genossenschaft. Auch wenn die Bedeutung der Kontrollstelle nicht zu verkennen ist [154], kann ihre Tätigkeit ebenfalls nicht unter Art. 159 StGB subsumiert werden, da sie keine Geschäftsführungstätigkeit darstellt. Auch hier wird man sich auf die zivilrechtliche Haftung der Kontrollstelle beschränken müssen. Strafbar können die Revisoren, wenn sie ihre Pflicht zur Verschwiegenheit (Art. 909 OR) verletzen, jedoch gemäss Art. 321 StGB werden [155].

Im übrigen sind - analog zur Aktiengesellschaft - gemäss Art. 894 ff OR die Mitglieder der Verwaltung [156], des Verwaltungsausschusses, die Geschäftsführer und Direktoren sowie die Liquidatoren (Art. 913 Abs. 1 OR) als Geschäftsführer zu betrachten und somit der Begehung einer ungetreuen Geschäftsführung fähig.

4. Die Massgeblichkeit besonderer zivilrechtlicher Verhältnisse

a) bei fehlender oder dahingefallener rechtlicher Grundlage

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, dass der Geschäftsführer entweder durch Gesetz, Vertrag oder als Organ verpflichtet sein muss, für fremdes Vermögen zu sorgen, damit er sich nach Art. 159 StGB strafbar machen kann. Heisst das nun, dass ein Geschäftsführer jedesmal dann nicht strafbar

---

152) so Bürgi Art. 731 N 6 mit weiteren Literaturverweisen
153) vgl. auch Leipziger Kommentar § 266 N 12; a.M. Walder 10
154) vgl. Gutzwiller Art. 906 N 2
155) Seher 68
156) vgl. SJZ 50/1954 227

sein kann, wenn eine solche rechtliche Grundlage fehlt? Geht der Vormund straffrei aus, wenn er von einer nicht zuständigen Amtsstelle berufen ist, die Geschäftsführung aber dennoch übernommen hat [157]? Dies kann wohl nicht der Sinn des Gesetzes sein. Wie kann aber die Umschreibung in Art. 159 StGB, "infolge einer gesetzlichen oder einer vertraglich übernommenen Pflicht" verstanden werden? Wann ist eine Fürsorgepflicht strafrechtlich trotzdem von Bedeutung, auch wenn keine zivilrechtlich gültige Grundlage besteht?

In der schweizerischen Lehre und Praxis ist diese Frage noch wenig berührt worden [158], weshalb es angezeigt erscheint, zunächst einen Blick auf die Lösung im deutschen Strafrecht zu werfen.

§ 266 DStGB ist, wie bereits erwähnt [159], zweistufig. Der engere Missbrauchtatbestand ist dann erfüllt, wenn der Täter sein rechtliches Dürfen überschritten hat, wobei also der rechtliche Bestand des Rechtsgeschäftes von Bedeutung ist [160]. Um aber zu verhindern, dass die Strafbarkeit aus zivilrechtlichen Gründen dahinfallen könnte, wurde der Treuebruchtatbestand äusserst weit gefasst [161]. So ist nach § 266 DStGB auch strafbar, wer eine ihm lediglich kraft "eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt". Somit ist jeder der Untreue fähig, der infolge eines Treueverhältnisses für fremdes Vermögen zu sorgen verpflichtet ist, ohne dass eine gesetzliche oder vertragliche Verpflichtung bestehen muss [162]. Ein solches Treueverhältnis wird vor allem dann angenommen, wenn das zugrundeliegende Rechtsgeschäft bereits erloschen, von Beginn an ungültig oder infolge unsittlichem oder gesetzeswidrigem Inhalt

---

157) vgl. Schönke-Schröder § 266 N 8
158) am ausführlichsten Nager 81 ff, ferner Büttner 74, Barth 62 f, Ostertag SJZ 35/1938/39 290
159) vorne 8 f
160) Frank, Nachtrag 54, Leipziger Kommentar § 266 N 33, vgl. Büttner 74
161) vgl. dazu Maurach BT 342
162) Welzel 388, vgl. dazu auch Leipziger Kommentar § 266 N 43

nichtig ist [163]. So wurde bei einem Beauftragten ein Treueverhältnis bejaht, der als Bevollmächtigter einen Grundstückkauf tätigte und im Anschluss daran eine Teilzahlung auf sein Konto überweisen liess, ohne zur Annahme von Zahlungen bevollmächtigt zu sein. Als Geschäftsführer ohne Auftrag war er nicht grundsätzlich, im speziellen Fall jedoch aufgrund der vorangegangenen rechtsgeschäftlichen Beziehungen zur Treue verpflichtet [164]. Eine Treuepflicht kann auch vorliegen, wenn zur Zeit der schädigenden Handlung die Vollmacht bereits widerrufen war [165].

Von Bedeutung sind in diesem Zusammenhang aber vor allem jene Treueverhältnisse, die weder durch Gesetz noch durch Vertrag ursprünglich begründet wurden, sondern sich aus sozialen Gegebenheiten aufdrängen. Dieses Verhältnis wird vor allem zwischen Ehegatten, Angehörigen, Hausgenossen, aber auch zwischen Geschäftsherrn und Erfüllungsgehilfen angenommen [166], so auch zwischen der Ehefrau und ihrem bevormundeten Ehegatten, dessen Vermögensinteressen wahrzunehmen sie verpflichtet ist [167].

Kann nun die Antwort auf die eingangs gestellten Fragen im schweizerischen Recht in der Lösung des § 266 DStGB gefunden werden? Eine solch breite Anwendung, wie sie die Untreue in Deutschland gefunden hat, lässt aber der Wortlaut des Art. 159 StGB nicht zu. Dies geht aus dem Werdegang dieser Strafbestimmung klar hervor [168].

Im ersten Vorentwurf von 1894 war in Anlehnung an die deutsche Untreuebestimmung noch die vage Formulierung "Vermögensinteressen, deren Wahrung ihm anvertraut ist" zu finden, die es gestattet hätte, jede Verletzung einer irgendwie gearteten Fürsorgepflicht bestrafen zu können [169]. Das Bestreben, diese

---

163) Leipziger Kommentar § 266 N 44 f
164) BGH St 8,149
165) RG St 47,428 und 14,184
166) vgl. dazu Leipziger Kommentar § 266 N 46 sowie RG St 62,15
167) RG St 70,205
168) vgl. vorne 14
169) vgl. Kingsley 180

ungenaue Umschreibung präziser zu fassen, führte notgedrungen zu einer Einengung des Tatbestandes. Die verschiedenen Formulierungen in den einzelnen Vorentwürfen wie Wahrung "zufolge Amtes, Berufes oder Auftrages" (VE 1896), "zufolge rechtlicher Verpflichtung" (VE 1903), "zufolge einer Rechtspflicht" (VE 1908) sowie die letzte, heute gültige Fassung können lediglich dadurch erklärt werden, dass damit der Gedanke Greteners, dass ein spezielles Anvertrauen von Vermögensinteressen vorliegen müsse [170], in eine befriedigende Formulierung zu fassen versucht wurde. Andere Gründe für die mehrmalige Aenderung dieser Umschreibung sind zumindest in den Beratungsprotokollen nicht zu finden.
Daraus kann einerseits geschlossen werden, dass eine Fürsorgepflicht, die sich nur aus den tatsächlichen Gegebenheiten ergibt, nicht mehr unter Art. 159 StGB fallen kann. Hier kann nicht mehr von "speziellem Anvertrauen" gesprochen werden. Noch weniger lässt der heutige Wortlaut eine derart extensive Auslegung zu [171].
In diesem Zusammenhang ist die folgende Beurteilung eines Sachverhaltes zu erwähnen, als ein Ehemann dem Testamentsvollstrecker gegenüber die Existenz zweier Sparhefte seiner verstorbenen Frau verschwiegen hatte, weil sie in der Steuererklärung nicht deklariert waren. Eine Bestrafung wegen ungetreuer Geschäftsführung, nebst anderen Tatbeständen, konnte nicht erfolgen, da weder eine gesetzliche noch vertragliche Pflicht bestanden habe, für das Vermögen zu sorgen [172].
Wurde eine Fürsorgepflicht nie tatsächlich begründet, so ist auch eine nachträgliche Konstruktion einer solchen Pflicht im Rahmen des Art. 159 StGB nicht gangbar.
Aus den Vorentwürfen kann nun andererseits auch nicht gefolgert werden, dass die Strafbarkeit von der Gültigkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäftes abhängig sei. Art. 159

---

170) 1. Exp.-Kommission II 549
171) gl.M. Nager 86
172) RS 1962 Nr. 78 51

StGB kann nicht als "zivilrechtlich gebundener Treubruchstatbestand"bezeichnet werden, wie dies Kingsley tut [173]. Eine solche Einschränkung ist in einem Schuldstrafrecht nicht möglich. Soll denn gerade jener Täter straffrei ausgehen, der im Bewusstsein, dass das Begründungsgeschäft der Fürsorgepflicht rechtlich keinen Bestand hat, fremdes Vermögen schädigt? Oder soll sich ein Täter nach der deliktischen Handlung auf einen Mangel des Grundgeschäftes, der vielleicht erst nachträglich erkannt wurde, berufen können? Der rechtliche Bestand des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses kann auf die Strafbarkeit des Täters keinen Einfluss haben [174]. Wo liegt nun aber die Begrenzung des Täterkreises, die auch durch die Formulierung "infolge einer gesetzlichen oder einer vertraglich übernommenen Pflicht sorgen soll" gezogen wird? Diese tatbeständliche Umschreibung ist so zu verstehen, dass eine Fürsorgepflicht immer dann begründet ist, und zwar unabhängig vom rechtlichen Bestand des Grundgeschäftes, wenn der Geschäftsführer diese Verpflichtung tatsächlich übernommen hat [175]. Vom Zeitpunkt der Uebernahme an besitzt der Geschäftsführer Machtbefugnisse über fremdes Vermögen, weshalb auch hier der strafrechtliche Schutz des Vermögens einzusetzen hat. Deshalb oblag die Fürsorgepflicht für das Vermögen einer Aktiengesellschaft nicht jenem einzigen Verwaltungsrat, der als Strohmann eingesetzt war und diese Fürsorgepflicht gar nie übernommen hatte. Vielmehr war derjenige, der die Aufgaben des Verwaltungsrates tatsächlich übernommen hatte, zur Vermögensfürsorge verpflichtet, obgleich er formell nie zum Verwaltungsrat gewählt wurde [176].
Wenn also die Uebernahme der Fürsorgepflicht, nicht aber der

---

173) Kingsley 180
174) vgl. Nager 83 ff
175) ähnlich Nager 86, der das Kriterium im "Bewusstsein des Täters, verpflichtet zu sein" sieht. Ob sich aber der Täter seiner Verpflichtung bewusst war oder sich allenfalls in einem Irrtum befand, ist eine Frage, die erst im Zusammenhang mit der Schuld zu prüfen ist.
176) BGE 97 IV 10

Beginn oder die Existenz der rechtlich gültigen Geschäftsführerstellung für die Anwendung von Art. 159 StGB von Bedeutung ist, so ergibt sich ohne weiteres, dass auch nach der rechtlichen Beendigung der Geschäftsführerstellung noch eine ungetreue Geschäftsführung begangen werden kann, solange tatsächlich noch eine Fürsorgepflicht besteht [177]. So ist auch jener Geschäftsführer strafbar, dessen Vollmacht zwar intern widerrufen ist, den Geschäftsherrn aber noch rechtlich verpflichten kann (Art. 34 Abs. 3 OR) und ihn dabei schädigt.

b) bei nichtiger rechtlicher Grundlage

Es stellt sich auch die Frage, ob auch dann eine ungetreue Geschäftsführung begangen werden kann, wenn sich die Geschäftsführung auf Vermögenswerte bezieht, die rechtswidrig erworben wurden oder zur Verfolgung rechtswidriger oder unsittlicher Zwecke verwendet werden, der Geschäftsführungsvertrag demzufolge nichtig ist (Art 20 OR).
Ohne Zweifel ist jener Dieb strafbar, der einen anderen Dieb um dessen Diebesgut erleichtert [178]. Denn "auch untereinander stehen Verbrecher nicht im straffreien Raum" [179]. Wäre dies so, so könnten alle Vermögenswerte, die durch Diebstahl, Betrug oder sonstwie auf rechtswidrige Art erlangt wurden, dem Rechtsbrecher auch durch Dritte ungestraft wieder abgenommen werden. Eine zugesicherte Straffreiheit müsste geradezu als Aufforderung betrachtet werden, diese Rechtsbrecher als Opfer von neuen deliktischen Handlungen auszusuchen. Dies widerspricht jedoch dem Gedanken des Strafrechts [180]. Nun ist aber der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung gerade darauf ausgerichtet, das Vermögen des Auftraggebers vor Schädigung zu schützen. Sind nun diese

---

177) vgl. dazu Nager 87 f mit Beispielen; Ostertag SJZ 35/1938/39 290; Büttner 74
178) vgl. Ardinay ZStrR 86/1970 241
179) Leipziger Kommentar § 266 N 45
180) vgl. dazu BGH St 8,258

Vermögenswerte rechtswidrig erlangt, so bewirkt die Strafdrohung des Art. 159 StGB, dass dieser rechtswidrige Zustand erhalten bleibt. So hält das Strafrecht den Hehler dazu an, das Diebesgut pflichtgemäss zu verwalten. Trotz dieses scheinbaren Widerspruches muss eine vermögensschädigende Handlung des Hehlers strafbar sein. Denn jeder, der durch pflichtwidriges Handeln fremdes Vermögen, für das er eine Fürsorgepflicht übernommen hat, schädigt, macht sich der ungetreuen Geschäftsführung schuldig. Eine Bestrafung kann nicht bloss deshalb ausbleiben, weil sich der Geschädigte selbst bereits ausserhalb der Rechtsordnung befindet [181]. Denn unabhängig von der Person des Geschädigten erfüllt der ungetreue Geschäftsführer sämtliche Tatbestandsmerkmale, insbesondere auch die subjektiven, und macht sich somit strafwürdig [182]. Es ist ein eigenständiger Strafanspruch gegeben.
Andererseits wäre ein Geschäftsführer, der eine gestohlene Sache dem Bestohlenen zurückgibt, nicht strafbar. Seine vermögensschädigende Handlung wäre wohl abredewidrig, jedoch nicht rechtswidrig, da sie den von der Rechtsordnung geforderten Zustand wiederherstellen würde [183].

c) Fürsorgeverpflichtung zugunsten von Vermögenswerten Dritter

Häufig wird eine Firma, zu denken wäre etwa an eine Bank oder ein Treuhandbüro, mit einer Vermögensfürsorge beauftragt. Die eigentliche Vermögensverwaltung wird jedoch von einem Mitarbeiter oder Angestellten erfüllt, der aber nicht in direkten Kontakt mit dem Auftraggeber getreten ist. Das Rechtsverhältnis besteht lediglich zwischen dem Auftraggeber und der Firma.
Wird nun das Vermögen des Auftraggebers durch eine Handlung

---

181) vgl. dazu Schwander ZStrR 78 353, Maurach BT 342; a.M. Welzel 388, da kein Vermögensschaden vorliege, weil kein Rückforderungsanspruch bestehe; dazu hinten 84 f
182) vgl. Hafter I 268
183) vgl. Maurach BT 342, Welzel 388, BGH St 8,258

des Angestellten geschädigt, so macht sich dieser, die Geschäftsführerqualität vorausgesetzt, einer ungetreuen Geschäftsführung schuldig. Denn Art. 159 StGB schreibt lediglich vor, dass die Vermögensfürsorgepflicht zufolge einer Rechtspflicht, einer gesetzlichen oder vertraglichen, übernommen sein muss. Es wird aber nicht vorausgesetzt, dass zwischen dem Täter und dem Geschädigten ein direktes Rechtsverhältnis bestehen muss [184]. Entscheidend ist, dass der Angestellte, der Fürsorgepflichtige, seinerseits zur Vermögensfürsorge rechtlich überhaupt verpflichtet ist. Es genügt, dass er sich seinem Arbeitgeber, dem Erstbeauftragten, gegenüber zur Vermögensfürsorge verpflichtet hat, hier nun zugunsten des Auftraggebers, einem Dritten [185]. Wie beim Tatbestand der Veruntreuung, bei dem die Sache nicht notwendigerweise vom Treugeber selbst, sondern auch von einem Dritten übergeben sein kann [186], ist es auch bei der ungetreuen Geschäftsführung nicht Voraussetzung, dass die Fürsorgepflicht vom Geschädigten direkt aufgetragen worden ist [187]. Somit ist eine ungetreue Geschäftsführung auch dann strafbar, wenn der Schaden bei einem Dritten eintritt; Voraussetzung bleibt allerdings, dass der Täter für eben dieses Vermögen zu sorgen verpflichtet war [187 a]. Wird in einer Bank eine ungetreue Geschäftsführung begangen, so kann demzufolge eine Ahndung dieses Deliktes nicht daran scheitern, dass solche Vermögenswerte geschädigt wurden, die im Eigentum des Kunden verblieben sind (zB Wertschriften), die Bank selbst also nicht geschädigt ist. Indirekt wird in aller

---

184) Nager 67 f geht noch von diesem Ausgangspunkt aus
185) vgl. Schönke-Schröder § 266 N 29 und 54, Leipziger Kommentar § 266 N 54; BGH St 2,324
186) Nager 68, Stratenwerth 172
187) vgl. Nager 68 f
187 a) vgl. hinten 83 f

Regel auch die Bank geschädigt sein, wird sie doch dem Kunden gegenüber für unerlaubte Handlungen ihrer Angestellten haften müssen [188].

Man könnte nun einwenden, dass eine Bestrafung wegen ungetreuer Geschäftsführung leicht dahinfallen könne, wenn die tatsächliche Vermögensfürsorge einem untergeordneten Angestellten übertragen worden ist, dem keine Geschäftsführerqualität mehr zukommt. Verantwortlich bleibt aber jener, in dessen Tätigkeitsbereich die Vermögensfürsorgepflicht fällt und letztlich für die korrekte Ausführung des Auftrages verantwortlich ist. Dass er die Arbeit von einem untergeordneten Angestellten ausführen lässt, entbindet ihn auch von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nicht, vorausgesetzt, dass er von der schädigenden Handlung wusste und dies hätte verhindern können [189]. Konnte er jedoch keine Kenntnis besitzen, so ist anzunehmen, dass die untergeordnete Stelle die Kompetenz zur selbständigen Bearbeitung des Auftrages besass und somit selbständig strafbar wird, da ihr offensichtlich Geschäftsführerqualität zugesprochen werden muss. Kann in concreto aber trotzdem keine Geschäftsführerstellung angenommen werden, so liegt eben keine strafbare ungetreue Geschäftsführung vor [190].

---

188) vgl. BlZR 68/1969 92; Nager 68 f begründet die Fürsorgepflicht des Angestellten dadurch, dass eine "indirekte rechtliche Beziehung" bestehe, da der Arbeitgeber seinerseits in einem direkten Rechtsverhältnis stehe; ebenso Maurach BT 343

189) vgl. BGE 96 IV 173 ff; über die in diesem Zusammenhang auftretenden Probleme der Täterschaft und Teilnahme, hinten 114 ff

190) vgl. dazu BGH St 13,330

§ 4 DIE TATBESTANDSMAESSIGE HANDLUNG

I. Das Handlungsobjekt

1. Begriff des Handlungsobjektes

Wenn wir bisher [1] das Vermögen als geschütztes Rechtsgut des Art. 159 StGB bezeichnet haben, so ist unter Rechtsgut ein "ideeller Wert der Sozialordnung" [2] zu verstehen. Dem Schutz dieses ideellen Wertes dient aber nicht nur dieser Tatbestand, sondern auch alle anderen Normen, die das Vermögen überhaupt schützen. Jeder dieser Tatbestände hat sein spezifisches Handlungsobjekt, durch das das Rechtsgut konkretisiert wird [3]. Eine Handlung kann denn auch das Rechtsgut selbst nicht direkt verletzen, sondern nur indirekt durch eine Beeinträchtigung des Handlungsobjektes [4]. So ist im Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung wohl das Vermögen das geschützte Rechtsgut, als Handlungsobjekt sind aber nur jene Vermögen oder einzelne Vermögensteile [5] von Bedeutung, wofür eine Fürsorgepflicht übernommen worden ist.

Die Konsequenz der Unterscheidung zwischen Rechtsgut und Handlungsobjekt zeigt sich darin, dass das Rechtsgut respektive deren Träger und nicht das Handlungsobjekt massgebend ist, wenn Fragen der Auslegung oder etwa der Strafantragsberechtigung zu lösen sind [6], oder auch bezüglich der Frage, ob ein Tatbestand als Verletzungs- oder Gefährdungsdelikt zu betrachten sei [7].

---

1) vorne 20 ff
2) Jescheck 195
3) vgl. Jescheck 179 und 196, wo er das Verhältnis zwischen Rechtsgut und Handlungsobjekt wie folgt umschreibt: "Rechtsgut und Handlungsobjekt sind wie Idee und Erscheinung begrifflich auseinanderzuhalten."
4) vgl. Jescheck 195 f, Maurach AT 182, BT 285
5) Walder 4
6) Maurach AT 182
7) Stratenwerth, Straftat N 216

2. Vermögensbegriff des Art. 159 StGB

Aus dem Gesetz ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass für die ungetreue Geschäftsführung ein besonderer Vermögensbegriff erforderlich wäre. Auch für diesen Tatbestand hat der allgemeine Vermögensbegriff Gültigkeit, wie er für den Betrugstatbestand entwickelt worden ist [8]. Darunter wird vorwiegend der rein wirtschaftliche Vermögensbegriff verstanden, wonach das Vermögen als die "Summe aller geldwerten Güter" zu verstehen ist [9]. Da jedoch ein so verstandener Vermögensbegriff in seiner letzten Konsequenz zu weit führt [10], wird heute vermehrt der iuristisch-wirtschaftliche Vermögensbegriff in den Vordergrund gestellt, nach dem jeder wirtschaftliche Wert, der rechtlich geschützt ist, selbst wenn er nicht klagbar und nicht durchsetzbar ist, zum Vermögen gehört [11]. Zu ähnlichem Ergebnis gelangt auch Schwander, wenn er sagt, dass bereits im wirtschaftlichen Vermögensbegriff rechtliche Merkmale enthalten seien, da "unter Vermögensinteressen nicht irgendwelche Begehrlichkeit einer Person nach einem Vermögenswert, sondern nur rechtlich geschütztes Interesse gemeint sein kann" [12].

Auch ein so verstandener Vermögensbegriff lässt noch einen breiten Anwendungsbereich offen. Allerdings werden nur geldwerte Güter erfasst [13], ohne jedoch körperlicher Natur sein zu müssen [14]. Ebenso geniesst das öffentliche Vermögen, nicht nur das Privatvermögen den strafrechtlichen Schutz [15].

---

8) vgl. Schwander ZStrR 78,335, Graven SJK 8, Hochstrasser Kriminalistik 1967 155; BGE 83 IV 77 f
9) Stratenwerth 224; vgl. Schwander ZStrR 78,338 N 8
10) vgl. dazu Stratenwerth 225 ff, Schultz ZStrR 74,270 N 39
11) Stratenwerth 226, Schultz ZStrR 74,270
12) Schwander ZStrR 78,338
13) Schwander ZStrR 78,336 f, Schultz ZStrR 74,270, Hochstrasser Kriminalistik 1967 155; a.M. Nager 111 ff, Hürlimann 51 f, Ostertag SJZ 35 1938/39 290
14) auch Elektrizität stellt einen geldwerten Vermögenswert dar, PKG 1951 58, vgl. Logoz 193
15) BGE 81 IV 232, Walder 4, Ardinay ZStrR 86,240 f

Als Vermögenswert gilt auch die Arbeitskraft, verstanden als der Anspruch des Arbeitgebers auf die von ihm entlöhnte Arbeitsleistung [16]; ebenso kann eine Anwartschaft, ein zu einem späteren Zeitpunkt mit Sicherheit entstehender Anspruch [17], zum Vermögen gezählt werden [18]. Aehnlich verhält es sich mit Gewinnaussichten [19]. Zu denken ist hier an eine Stammkundschaft, die ohne das pflichtwidrige Verhalten des Geschäftsführers mit grosser Wahrscheinlichkeit wieder in Geschäftskontakt getreten wäre [20]. Solche Aussichten sind, obwohl ein rechtlicher Anspruch nicht besteht, zum geschützten Vermögen zu zählen, sofern eben ein neuer Vertragsabschluss mit Sicherheit zu erwarten war [21].

Grundsätzlich muss es sich aber um fremdes Vermögen handeln, für das der Täter zu sorgen verpflichtet ist [22]. Sollten die Vermögensteile in das Eigentum des Täters gelangt sein, sei es infolge treuhänderischer Uebergabe, sei es infolge Vermischung vertretbarer Sachen, so wird deshalb die Strafbarkeit wegen ungetreuer Geschäftsführung nicht ausgeschlossen. Denn nach wie vor hat der Täter als Geschäftsführer die fremden Vermögensinteressen wahrzunehmen [23]. Zutreffend sagt Hochstrasser, dass "alle, auch die obligatorischen Rechte des Auftraggebers, und nicht nur ... das

---

16) BGE 81 IV 280, vgl. Ardinay ZStrR 86,240, Schwander ZStrR 78,340
17) vgl. Schönenberger-Jäggi 211 N 175
18) Schwander ZStrR 78,340 mit Beispielen, ebenso Stratenwerth 224 und 260 f
19) BGE 87 IV 11
20) BGE 80 IV 248f, kritisch zur Begründung: Stratenwerth 260 f
21) vgl. Stratenwerth 260 f, Schwander ZStrR 78, 341, Hochstrasser Kriminalistik 1967 155; ebenso in Deutschland: BGH St 20,143, RG St 71,333. Die geldwerte Bedeutung einer Stammkundschaft lässt sich schon daraus erkennen, dass beim Verkauf eines Geschäftes die Grösse dieser Kundschaft einen erheblichen Einfluss auf die Höhe des Verkaufspreises auszuüben vermag.
22) Walder 5, BJM 1970 296
23) vgl. dazu vorne 54

Eigentum als sachenrechtlicher Begriff" geschützt sei [24].

Das Gesellschaftsvermögen einer iuristischen Person ist auch für das Organ ein fremdes Vermögen, selbst wenn sämtliche Aktien in dessen Hand vereinigt sind. Die iuristische Person ist als eine "selbständige Vermögensträgerin" [25] zu betrachten, weshalb auch der Alleinaktionär nicht den Einwand erheben kann, dass er letztlich die eigenen Vermögensinteressen wahrgenommen habe und somit nicht als Geschäftsführer gelten könne [26]. Es ist heute grundsätzlich unbestritten, dass auch eine iuristische Person Trägerin von geschütztem Vermögen sein kann [27]. Gegen eine solche Zuordnung von selbständigen Vermögensinteressen an eine iuristische Person wehrt sich Stratenwerth und möchte den strafrechtlichen Schutz nur auf "menschliche Interessen" beschränkt wissen [28]. Dem ist grundsätzlich beizupflichten. Trotzdem gilt es aber zu bedenken, dass auch das Institut der iuristischen Person vorwiegend menschlichen Interessen dient [29] und deshalb einen strafrechtlichen Vermögensschutz verdient. Zudem wäre es als stossend zu empfinden, wenn gerade jene ungetreuen Geschäftsführungen, die in einem Geschäftsbetrieb, insbesondere bei einer Einmanngesellschaft, vorkommen, nicht bestraft werden könnten [30].

---

24) Hochstrasser Kriminalistik 1967 155, ferner BGE 81 IV 280, BlZR 68/1969 94; Ostertag SJZ 35 1938/39 291 möchte die ungetreue Geschäftsführung auf jene Fälle beschränkt wissen, bei denen nur zivilrechtlich fremdes Eigentum geschädigt wird; ebenso wird in Deutschland die Fremdheit des Vermögens nach rein zivilrechtlichen Kriterien geprüft, so Leipziger Kommentar § 266 N 10, BGH St 1,187 f

25) BGE 97 IV 16, ausführlich BGE 85 IV 230 f

26) BGE 97 IV 16, 85 IV 231, vgl. Schmidlin ZStrR 85,378 ff

27) Germann Verbrechen 278, Schwander ZStrR 78,335, Ardinay ZStrR 86,240, Schmid ZStrR 87,257 u.a.

28) Stratenwerth 260

29) Schultz I 24

30) vgl. Schultz ZbJV 108/1972 357 f, Schmid ZStrR 87 257 ff und Schmidlin ZStrR 85,381 f

II. Das Handeln des Geschäftsführers

1. Handeln in der Eigenschaft als Geschäftsführer

Eine ungetreue Geschäftsführung liegt nur dann vor, wenn die schädigende Handlung in der Eigenschaft als Geschäftsführer vorgenommen wird [31]. Jede Person aber, die die Funktion eines Geschäftsführers ausübt, kann daneben auch noch in einem privaten Bereich tätig sein [32]. Die Interessen dieses Bereiches können durchaus mit jenen des Geschäftsführerbereiches in Konflikt treten [33].
Bereits erwähnt [34] wurde der Fall des Verwaltungsratspräsidenten einer Lokalbank, der übersetzte Spesenforderungen einreichte. Eine ungetreue Geschäftsführung wurde ausgeschlossen, da der Präsident nicht als Geschäftsführer gehandelt habe [35]. Dagegen wurde in einem ähnlich gelagerten Fall ein Verwaltungsrat, zugleich Geschäftsführer, wegen ungetreuer Geschäftsführung bestraft, weil er sich Spesenentschädigungen und ein Monatsgehalt auszahlen liess, worauf er laut Anstellungsvertrag keinen Anspruch hatte. Zudem besass er weder Einzelzeichnungsberechtigung noch die Zustimmung des Verwaltungsrates [36]. Wie erklärt sich diese scheinbare Widersprüchlichkeit?
Zunächst ist festzuhalten, dass die Frage, ob jemand als Geschäftsführer oder als Privatperson gehandelt habe, nicht nach generellen Kriterien beurteilt werden kann. Vielmehr ist jeweils auf die konkreten Umstände abzustellen.
Ungetreue Geschäftsführung liegt aber bestimmt nur dann vor, wenn die fragliche Handlung einen Bereich betrifft, der ein-

---

31) Der Schaden jedoch kann auch erst später eintreten, wenn etwa der Geschäftsführer seiner Aufgabe bereits enthoben ist, vgl. Graven SJK 8, Walder 28
32) Walder 21 f
33) vgl. dazu hinten 81 f
34) vorne 41
35) SJZ 50/1954 104
36) Schultz ZbJV 90/1954 469 f

deutig von der Geschäftsführungsfunktion des Täters erfasst wird [37]. Bezüglich der vorhin erwähnten Beispiele kann nun zweifelsfrei angenommen werden, dass der Entscheid, ob und in welcher Höhe ein Monatsgehalt auszurichten ist, in den Geschäftsführungsbereich gehört. Gleich verhält es sich mit dem Entscheid, ob gewisse Auslagen durch den Arbeitgeber oder ob sie vom Angestellten selbst zu tragen seien. Wer solche Entscheide fällt, handelt als Geschäftsführer und begeht eine ungetreue Geschäftsführung, sofern der Geschäftsherr dadurch geschädigt wird.
Wer dagegen eine Spesenforderung lediglich einreicht, ohne über die Auszahlung entscheiden zu müssen, wie dies für den ersten Fall offensichtlich zutrifft, vertritt nur noch seine eigenen Interessen. Diese Handlung betrifft lediglich den Bereich einer Privatperson. Da keine Geschäftsführerhandlung vorliegt, kann auch keine ungetreue Geschäftsführung begangen werden. Wird dagegen eine zu hohe oder überhaupt unbegründete Spesenforderung eingereicht und ausbezahlt, so wäre zu prüfen, ob diese Handlung nicht allenfalls als Betrug zu qualifizieren wäre [38].

2. Rechtsgeschäftliches und tatsächliches Handeln

Es ist heute unbestritten, dass auch jener Geschäftsführer sich wegen ungetreuer Geschäftsführung strafbar machen kann, der den Geschäftsherrn an dessen Vermögen schädigt, ohne ihn rechtsgeschäftlich verpflichtet zu haben. Es genügt, wenn der Schaden infolge einer tatsächlichen Verfügung über fremde Vermögenswerte eingetreten ist. Einzig Gersbach wollte den Art. 159 StGB nur dann angewendet wissen, wenn der

37) vgl. Walder 20
38) vgl. etwa RS 1953 Nr. 112 56
39) so BGE 100 IV 36 und 172 f, 97 IV 279, 81 IV 279, PKG 1957 73, SJZ 50/1954 150; ebenso Graven SJK 6, Walder 11 ff, Schwander 303, Schultz Wirtschaftskriminalität 22, Gautschi Art. 398 N 11 b, u.a.

Täter rechtsgeschäftlich gehandelt hatte. Damit versuchte er, den weiten Anwendungsbereich dieses Straftatbestandes einzuschränken [40]. Mit Graven muss aber dagegen erwidert werden, dass sich eine solche Auslegung mit dem Gesetz nicht in Einklang bringen lässt [41]. Das Gesetz verbietet lediglich, das Vermögen zu schädigen. Es schränkt das strafbare Verhalten nicht auf eine bestimmte Handlungsweise ein [42]. Auch haben wir gesehen [43], dass das Zivilrecht unter Geschäftsführung nicht nur jene Tätigkeit versteht, die rechtsgeschäftlich nach aussen in Erscheinung tritt, sondern auch die nur interne Tätigkeit [44]. Es ist allerdings zuzugeben, dass jemand, der keine Vertretungsvollmacht besitzt, meist auch keine Geschäftsführerstellung innehat [45]. Die heute anerkannte Auslegung erhält aber ihre Bedeutung, wenn ein Geschäftsführer diese Vollmacht zwar besitzt, die Vermögensschädigung aber nicht durch rechtsgeschäftliches, sondern nur durch rein tatsächliches Handeln bewirkt [46]. Auch dieses tatsächliche Handeln kann der Fürsorgepflicht widersprechen und somit pflichtwidrig sein. Es ist dem rechtsgeschäftlichen Handeln gleichzustellen [47].

3. Begehungs- und Unterlassungshandlung

Ungetreue Geschäftsführung kann nach den heute übereinstimmenden Ansichten sowohl durch eine positive Handlung

---

40) Gersbach 38 ff
41) Graven SJK 6, ebenso Hochstrasser, Kriminalistik 1967 100
42) vgl. Stratenwerth 256 f
43) vorne 33 ff, insb. 35 f
44) a.M. PKG 1957 74
45) gl.M. von Rechenberg, Kriminalistik 1962 583, vgl. aber PKG 1957 73
46) so in SJZ 50/1954 150, wo ein Prokurist wegen ungetreuer Geschäftsführung bestraft wurde, begangen durch Sachentziehung; Art. 143 StGB kam mangels Strafantrag nicht zur Anwendung; vgl. auch von Rechenberg, Kriminalistik 1962 583
47) Hochstrasser, Kriminalistik 1967 100

wie auch durch eine Unterlassungshandlung begangen werden [48].

Ein echtes Unterlassungsdelikt liegt dann vor, wenn ein ganz bestimmtes Handeln erwartet wird, das Gesetz also ein Gebot aufstellt, das vom Täter aber nicht erfüllt wird [49]. Typische Beispiele in unserem Gesetz dafür sind etwa: Nichtanzeigen einer Schwangerschaftsunterbrechung (Art. 121 StGB), Im Stiche lassen eines Verletzten (Art. 128 StGB) und andere [50].

Als ein unechtes Unterlassungsdelikt wird jenes Delikt betrachtet, bei dem der Täter einen Tatbestand erfüllt, der im Gesetz zwar als Begehungsdelikt konstruiert ist, diesen Tatbestand aber durch Untätigbleiben erfüllt [51]. Damit ein solches durch Unterlassung begangenes Delikt strafbar ist, bedarf es zusätzlich des ungeschriebenen Merkmales der Garantenstellung. Lediglich ein Untätigbleiben allein kann nicht strafbar sein. Vielmehr muss der Täter durch eine rechtliche Verpflichtung in einer derart nahen Beziehung zum geschützten Rechtsgut gestanden haben, dass für ihn eine Pflicht zum Handeln bestanden hätte [52].

Es ist aber festzuhalten, dass die Garantenstellung kein ausschliessliches Merkmal des unechten Unterlassungsdeliktes ist [53]. Einer besonderen Pflicht zum Handeln bedarf es auch beim echten Unterlassungsdelikt. Nur - und hier mag der bedeutsame Unterschied liegen - ist diese besondere Täterstellung im gesetzlich umschriebenen Tatbestand selbst schon festgehalten, nämlich in jenen Elementen, die die meisten Unterlassungsdelikte des StGB zu Sonderdelikten

---

48) BGE 86 IV 12, 80 IV 247 f; Schwander 363, Stratenwerth 259, Hafter I 320, Graven SJZ 44/1948 82, u.a.
49) vgl. dazu Schwander 79, Meyer 23
50) vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei Schultz, Unterlassungsdelikte 15
51) Mohler 25, Schwander 76 f
52) Schultz, Unterlassungsdelikte 25 f; zur Garantenstellung allgemein vgl. etwa Schultz, Unterlassungsdelikte 27 ff, Meyer 77 ff
53) Mohler 17 f

auszeichnen [54]. Ein eigentlicher Unterschied zwischen den Sonderdeliktskriterien und der Garantenstellung aber besteht nicht [55]. So ist bei der ungetreuen Geschäftsführung nur derjenige zum Handeln verpflichtet, der in der Sonderstellung des Geschäftsführers infolge gesetzlicher oder vertraglich übernommener Pflicht für fremdes Vermögen zu sorgen hat [56].

Dass eine ungetreue Geschäftsführung ausser durch Begehung auch durch Unterlassung möglich ist [57], liegt darin, dass dem Tatbestand sowohl ein Verbot wie auch ein Gebot entnommen werden kann, wobei das fragliche Verhalten, was noch zu zeigen sein wird [58], stets am konkreten Pflichtenkreis zu messen ist. Wird das Verbot (das Vermögen zu schädigen) durch eine Unterlassung verletzt, so liegt eine unechte Unterlassung vor; wird durch Untätigbleiben dem Gebot (Unterlassung der gebotenen Vermögensvermehrung) nicht nachgekommen, so ist eine echte Unterlassung gegeben.

Ein Geschäftsführer kann verpflichtet sein, das Vermögen zu mehren. Unterlässt er es, dieses Gebot zu erfüllen, so erwächst infolge der ausbleibenden Vermögensvermehrung ein Schaden. Das Bundesgericht hat dies bereits in einem seiner ersten Entscheide zu Art. 159 StGB festgehalten. Der Geschäftsführer und ein Prokurist einer Kollektivgesellschaft waren aufgrund des Gesellschaftsvertrages verpflichtet, das Gesellschaftsvermögen zu vermehren. Im Hinblick auf eine zu gründende Aktiengesellschaft schlossen sie die Verträge nicht mehr auf den Namen der Kollektivgesellschaft, sondern auf den eigenen oder den Namen der zukünftigen Gesellschaft ab; damit unterliessen sie es, gewinnbringende Verträge zugunsten der Kollektivgesellschaft abzuschliessen und

---

54) Meyer 15
55) Meyer 15 f
56) zum Sonderdeliktscharakter des Art. 159 StGB, vgl. vorne 27 f
57) Schultz, Unterlassungsdelikte 15 f, Meyer 20, Graven SJK 7
58) hinten 76 ff

verletzten ihre Pflicht, das Vermögen zu mehren [59]. Ebenso stellt sich die ungetreue Geschäftsführung als Unterlassungsdelikt dar, wenn ein Gemeindepräsident es unterlässt, Ansprüche auf Subventionen rechtzeitig geltend zu machen [60].
Ungetreue Geschäftsführung, begangen durch echte Unterlassung, ist also dann strafbar, wenn es der Geschäftsführer schuldhaft unterlässt, das Vermögen des Geschäftsherrn zu vermehren, obwohl ihmdies möglich gewesen wäre und ihm diese Pflicht auch oblag.
Ungetreue Geschäftsführung, begangen durch unechte Unterlassung, liegt dann vor, wenn durch ein Untätigbleiben des Geschäftsführers eine Vermögensverminderung eintritt [61].
Wie erwähnt, muss der Täter in einer Garantenstellung gestanden sein. Für einmal bietet aber die Umschreibung dieser Stellung keine zusätzlichen Schwierigkeiten, weil bereits das Begehungsdelikt vom Täter eine Sonder- oder Garantenstellung verlangt, eben die Geschäftsführerstellung [62].

Aktuell kann diese Form des strafbaren Verhaltens vor allem im Bereich der überwachenden Geschäftsführungstätigkeit werden, so etwa, wenn es ein Geschäftsführer unterlässt, eine offensichtlich übersetzte Spesenrechnung eines Angestellten zu überprüfen und sie ohne weiteres zur Auszahlung freigibt. Ebenso macht sich jener Geschäftsführer einer durch Unterlassung begangenen Geschäftsführung schuldig, der den mit der tatsächlichen Geschäftsführung betrauten Untergebenen nicht zweckmässig überprüft, was für den Eintritt eines Vermögensschadens kausal war [63].

---

59) BGE 80 IV 243,vgl. auch BGE 91 IV 73 f im Zusammenhang mit ungetreuer Amtsführung
60) PKG 1953 56; mangels Vorsatz blieb aber ein Schuldspruch aus
61) vgl. BGE 86 IV 12
62) vgl. dazu Welzel 386, auch Stratenwerth 256 f
63) vgl. vorne 65

III. Das Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit der Handlung

1. Zur Notwendigkeit dieses Tatbestandsmerkmales

Eine ungetreue Geschäftsführung liegt noch nicht jedesmal dann vor, wenn ein Geschäftsführer das Vermögen des Geschäftsherrn geschädigt hat. Zu einer strafbaren Handlung bedarf es des weiteren Erfordernisses, dass die Schädigung infolge einer Pflichtverletzung eingetreten ist [64]. Tatsächlich wurde bereits in den Vorbereitungen zum StGB der Antrag gestellt, das Merkmal der Pflichtwidrigkeit ausdrücklich in den Tatbestand aufzunehmen. Dieser Antrag wurde später jedoch nicht mehr beachtet [65], vermutlich, weil dies als selbstverständlich angesehen wurde. Tatsächlich ist dieses Merkmal implicite im Tatbestand bereits enthalten [66]. Denn nur jener kann Täter einer ungetreuen Geschäftsführung sein , der für fremdes Vermögen zu sorgen verpflichtet ist und gerade in Verletzung dieser Pflicht gehandelt hat. Wie es das Bundesgericht ausführt, ist diese Pflichtwidrigkeit das Charakteristikum der ungetreuen Geschäftsführung [67].

2. Begriff der Pflichtwidrigkeit

Die Pflichtwidrigkeit ist von der Rechtswidrigkeit sehr wohl zu unterscheiden. Die erstere stellt ein spezielles Tatbestandsmerkmal der ungetreuen Geschäftsführung dar, die zweite eine allgemeine Voraussetzung des strafbaren Verhaltens. Während die Rechtswidrigkeit ein bestimmtes Verhältnis des Tatbestandes der ungetreuen Geschäftsführung zur gesamten Rechtsordnung ausdrückt, ist bei der Pflichtwidrigkeit das Verhalten des Geschäftsführers seinem Geschäftsherrn gegenüber zu beurteilen [68].

---

64) BGE 80 IV 247, BlZR 71/1972 340
65) 2. Exp.-Kommission 375 ff; vgl. dazu Walder 22
66) Stratenwerth 259
67) BGE 80 IV 247
68) Leipziger Kommentar § 266 N 59

Damit eine strafbar ungetreue Geschäftsführung gegeben ist, ist erforderlich, dass die Handlung sowohl pflicht- wie auch rechtswidrig ist. In den meisten Fällen wird durch die Erfüllung der Pflichtwidrigkeit (und der übrigen objektiven Tatbestandsmerkmale) auch die Rechtswidrigkeit gegeben sein [69]. In speziellen Situationen kann aber eine Handlung durchaus pflichtwidrig sein, nicht aber rechtswidrig und somit auch nicht strafbar [70].

Während die Rechtswidrigkeit die Verletzung von rechtlich geschützten Normen überhaupt umfasst [71], ist die Pflichtwidrigkeit ein Verstoss gegen interne Absprachen zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer oder gegen gesetzliche Vorschriften, die für den gesetzlich verpflichteten Geschäftsführer verbindlich sind [72]. Durch diese Absprache respektive Gesetzesvorschrift wird der Geschäftsführer an den Willen des Geschäftsherrn gebunden. Er ist verpflichtet, dessen Interesse wahrzunehmen. Handelt er nun gegen diesen - ausdrücklichen oder mutmasslichen - Willen, so handelt er pflichtwidrig [73].

3. Die Kriterien zur Ueberprüfung der Pflichtwidrigkeit

Der Umfang der Geschäftsführungspflicht richtet sich grundsätzlich nach der Absprache zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn [74]. Dabei können gesetzliche Bestimmungen, Statuten und Reglemente, vertragliche Absprachen und Pflichtenhefte, aber auch andere spezielle Weisungen des Geschäftsherrn massgebend sein [75]. Fehlen konkrete Anhaltspunkte,

---

69) vgl. Schultz I 113 f
70) vgl. dazu ein Beispiel vorne 63
71) vgl. dazu hinten 95
72) vgl. Stratenwerth 259, Nager 103
73) vgl. Maurach BT 346
74) BGE 80 IV 248: "Welche Pflichten ein Geschäftsführer hat, hängt von der Vereinbarung und vom Gesetz ab"; ebenso Stratenwerth 259, Schwander 363
75) vgl. Walder 23 f

können auch allgemeine Grundsätze des Geschäftsverkehrs zur Beurteilung des Umfanges der Pflichten herangezogen werden [76]. Mit Nager ist aber festzuhalten, dass all diese Kriterien nur als "Indizien" zu betrachten sind. Bindende und selbst Einzelheiten regelnde Weisungen würden der notwendigen Selbständigkeit, die in Art. 159 StGB vom Geschäftsführer verlangt wird, widersprechen [77]. Es ist durchaus denkbar, dass ein Geschäftsführer in einer ausserordentlichen Situation gezwungen ist, auch entgegen einer bestehenden Weisung des Geschäftsherrn zu handeln. Selbst wenn ein Vermögensschaden eintritt, wird keine Pflichtwidrigkeit anzunehmen sein, sofern die Handlungsweise vertretbar war. Dem Geschäftsführer muss die notwendige Entscheidungsfreiheit zugestanden bleiben, aber eben nur so weit, als es sich mit dem Interesse des Geschäftsherrn vereinbaren lässt.
Somit tritt deutlich zu Tage, dass die Frage, ob eine Handlung pflichtwidrig war oder nicht, äusserst schwierig zu beantworten sein kann. Allgemeine Lösungen können nicht gegeben werden. Die einleitend erwähnten Kriterien stellen lediglich Anhaltspunkte dar. Entschieden werden muss aber aufgrund der besonderen Situation eines jeden einzelnen Falles [78].

4. Das "erlaubte Risiko" und die "Einwilligung des Verletzten"

Eine zusätzliche Schwierigkeit in der Bestimmung der Pflichtwidrigkeit liegt in der Abgrenzung des sogenannten erlaubten Risikos. Schultz führt dazu aus, dass sich gerade im Gebiet der Wirtschaftskriminalität die Notwendigkeit zeige, die Grenze der Strafbarkeit nicht allzu eng zu ziehen, um nicht jegliche Initiative im Wirtschaftsleben zu ersticken [79]. Andererseits ist es dem Geschäftsführer in bestimmten Bereichen nicht gestattet, Risikogeschäfte zu tätigen. So sind

76) Leipziger Kommentar § 266 N 47
77) Nager 103 f
78) Schwander 363, Stratenwerth 259
79) Schultz, Wirtschaftskriminalität 22

insbesondere die gesetzlich verpflichteten Geschäftsführer gehalten, möglichst sichere Geschäfte und Geldanlagen vorzunehmen. Dazu gehören etwa der Vater und der Vormund bezüglich des Kindes- respektive Mündelvermögens [80]. Ebenso wird auch beim vertraglich bestellten Geschäftsführer kein Raum für die Berücksichtigung eines erlaubten Risikos sein, wenn der Geschäftsherr dem Geschäftsführer ausdrücklich vorgeschrieben hat, auf Risikogeschäfte zu verzichten. Ein ähnliches Verbot wird auch dann anzunehmen sein, wenn ein Vermögenskomplex lediglich zur Verwaltung übertragen worden ist.

Für die Beurteilung der Zulässigkeit eines Risikogeschäftes ist grundsätzlich auf objektive Kriterien - verkehrsübliches Geschäftsverhalten, allgemeine kaufmännische Regeln - abzustellen [81]. Daneben können aber auch langgeübte Geschäftspraktiken innerhalb von einzelnen Betrieben Berücksichtigung finden.

Ueber die systematische Bedeutung des erlaubten Risikos beim Vorsatzdelikt - was hier von Bedeutung ist [82] - gehen die Ansichten auseinander. Während Jescheck das erlaubte Risiko als Rechtfertigungsgrund bezeichnet [83], sieht es Rehberg im Gebiet der Schuld [84]. Mit der Mehrheit der Autoren ist jedoch das erlaubte Risiko dem Tatbestand zuzurechnen. Gerade bei der ungetreuen Geschäftsführung sind risikoreiche Geschäfte, die aber noch mit einer ordentlichen Geschäftsführung vereinbar sind, nicht pflichtwidrig. Bewirkt nun das erlaubte Risiko den Ausschluss der Pflichtwidrigkeit, so ist ein Merkmal des objektiven Tatbestandes nicht erfüllt [85] und die Handlung somit nicht strafbar [86].

---

80) vgl. Leipziger Kommentar § 266 N 48
81) vgl. Nager 104, Frank, Nachtrag 60
82) vgl. Maurach BT 346
83) Jescheck 301
84) Rehberg 233 f
85) vgl. vorne 76
86) so Maurach BT 346, Leipziger Kommentar § 266 N 48, Schönke-Schröder § 266 N 45 und wohl auch Stratenwert 259

Gleich verhält es sich mit der sogenannten Einwilligung des Verletzten. Hatte der Geschäftsherr zu einer Handlung zugestimmt, die zu einer Vermögensschädigung geführt hat, so fehlt es wiederum an der Pflichtwidrigkeit. Eine solche Handlung ist nicht tatbestandsmässig [87]. Solange der Geschäftsherr eine Einzelperson ist, dürfte die Rechtmässigkeit der Einwilligung kaum besondere Probleme aufwerfen. Schwieriger ist es jedoch, wenn diese Frage im Bereich einer Gesellschaft zu lösen ist. Grundsätzlich wird eine Einwilligung der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates die Pflichtwidrigkeit ausschliessen [88], dies aber nur innerhalb der Schranken des Gesetzes und der Statuten [89].

IV. Geschäftsführungskollisionen

Wenn im Zusammenhang mit ungetreuer Geschäftsführung von einer Geschäftsführungskollision die Rede ist, so geht es, präziser ausgedrückt, darum, dass bei einer oder mehreren Geschäftsführungen verschiedene Interessen in Widerspruch geraten können. Dabei lassen sich im Wesentlichen drei verschiedene Situationen denken:

a) Es ist möglich, dass den Interessen des Geschäftsherrn ein öffentliches Interesse entgegentritt. Bekanntestes Beispiel dafür ist die Steuerhinterziehung. Der Geschäftsführer ist gesetzlich verpflichtet, auch die bisher nicht deklarierten Vermögensteile, die er zu verwalten hat, den Steuerbehörden anzugeben [90]. Ein solcher Geschäftsführer handelt zwar wider den Willen des Geschäftsherrn, also pflichtwidrig, wenn ein Schaden eintritt. Einer solchen Handlung fehlt jedoch die Rechtswidrigkeit, da das gesetzlich gebotene Handeln [9

87) Walder 29, Schönke-Schröder § 266 N 46, Leipziger Kommentar § 266 N 49
88) Leipziger Kommentar § 266 N 49, Haab 121; a.M. Nager 104; vgl. Thalmann 13 f, SJZ 71/1975 248
89) vgl. BGE 97 IV 12 ff
90) Zürcher 163, Nager 52
91) vgl. dazu Schultz I 158 f

einen Rechtfertigungsgrund im Sinne des Art. 32 StGB darstellt. Das öffentliche Interesse geht dem privaten vor. Der Geschäftsführer ist sogar verpflichtet, pflichtwidrig zu handeln.

b) Eine Kollision kann eintreten, wenn ein Geschäftsführer zwei verschiedene Aufträge zur Geschäftsführung entgegennimmt, deren Inhalt sich widersprechen [92]. Dies war der Fall bei jenem Angestellten einer Bauunternehmung, die eine Lagerhalle zu errichten beauftragt war. Gleichzeitig übernahm er ohne Wissen seines Arbeitgebers vom Bauherrn der Lagerhalle die Bauleitung. Der Angestellte beanstandete in seiner Funktion als Bauleiter die in der Offerte genannten Preise, die er als Angestellter übrigens selbst berechnet hatte. In der Folge musste das Bauunternehmen die Preise senken, um den Auftrag zu erhalten. In diesem Verhalten wurde eine ungetreue Geschäftsführung erblickt [93]. Zu Recht weist Walder auf das Problem der Kausalität dieses Verhaltens hin, was im erwähnten Entscheid nicht klar zum Ausdruck komme. Wäre das Bauunternehmen ohnehin, ohne eine Einwirkung ihres "Angestellten" infolge der Konkurrenzsituation zu einer Preisreduktion gezwungen gewesen, so wäre das Verhalten des Angestellten nicht kausal für den eingetretenen Schaden gewesen und dieser somit auch nicht strafbar [94].
Allgemein betrachtet muss bei der Beurteilung einer derartigen Interessenkollision vom Umfang des primären Geschäftsführungsvertrages auszugehen sein.

c) Der häufigste Fall einer Kollision wird wohl zwischen den Interessen des Geschäftsherrn und denjenigen des Geschäftsführers selbst auftreten [95].
A war der Geschäftsführer der Firma X und zugleich stiller Gesellschafter bei der branchen- und tätigkeitsverwandten

---

92) vgl. dazu BGE 100 IV 167
93) PKG 1957 73
94) Walder 24 f
95) vgl. dazu Thalmann 80 ff

Firma Y. A machte sich der Untreue schuldig, da er Waren aus dem Lager der Firma X lieferte, die Rechnung aber über die Firma Y abwickelte. Das Lager von X füllte er dann wieder aus den Beständen der Firma Y auf [96]. Aehnlich ist der Fall zu werten, bei dem sich ein Direktor (mit Aktienmehrheit) und ein Prokurist einer Aktiengesellschaft ungewöhnlich hohe Beiträge als Salär zuwandten und die Gesellschaft in der Folge in Konkurs geriet [97]. Auch jener Vermögensverwalter begeht ungetreue Geschäftsführung, der mit Vermögensteilen (Aktien), die ihm zur Verwaltung anvertraut wurden, spekuliert und den Spekulationserlös für sich behält [98]. Allen drei Fällen ist gemeinsam, dass der Geschäftsführer das eigene Interesse demjenigen des Geschäftsherrn vorgezogen hatte.

Auf eine ähnliche Problematik sind wir schon einmal gestossen [99], als es um die Frage ging, ob jemand überhaupt als Geschäftsführer handle oder als Privatperson. Wie aus den angeführten Beispielen ersichtlich ist, ist es dem Geschäftsführer grundsätzlich untersagt, innerhalb des Geschäftsführungsbereiches eigene Interessen zu verfolgen. Diese sind den Interessen des Geschäftsherrn hintanzustellen [100].

Allgemein ist festzuhalten, dass dann das Verfolgen eigener Interessen unzulässig ist, wenn dies innerhalb des Geschäftsführungsbereiches geschieht und dabei das zu betreuende Vermögen ganz oder teilweise benutzt wird. [100]

---

96) BGH St 20,143
97) BJM 1957 170
98) das Beispiel ist Gautschi Art. 398 N 8 c entnommen
99) vorne 70 f
100) Leipziger Kommentar § 266 N 16
101) Zur Beurteilung dieses Problemkreises in Deutschland, vgl. Mattes JuS 1961 184 ff

§ 5 DER TATBESTANDSMAESSIGE SCHADEN

I. Der Begriff des Schadens

1. Der Vermögensschaden

Wie schon beim Vermögensbegriff drängt sich auch beim Schadensbegriff keine spezielle Begriffsbestimmung für den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung auf. Es gelten auch hier die allgemeinen Regeln, wie sie für den Betrugstatbestand entwickelt worden sind [1].

Die Schädigung, die Art. 159 StGB voraussetzt ("Wer jemanden am Vermögen schädigt, ..."), muss eine Vermögensschädigung sein [2]. Und zwar muss jenes Vermögen geschädigt sein, für das der Geschäftsführer zu sorgen verpflichtet war. Die "Identität des Inhabers der betreuten und der geschädigten Interessen ist unabdingbar" [3]. Diese Identität ist aber nicht so eng zu fassen, wie dies Stooss noch tat [4], wonach lediglich die Schädigung jener Vermögensteile massgebend wäre, die dem Geschäftsführer gerade anvertraut sind. Es genügt, wenn sich die schädigende Handlung generell auf das Vermögen des Geschäftsherrn nachteilig auswirkt [5]. Denn eine pflichtwidrige, schädigende Geschäftsführerhandlung kann sich auch auf andere als gerade die betreuten Vermögensteile auswirken. Könnten solche Geschäftsführer nicht unter Art. 159 StGB gefasst werden, so ergäbe dies eine unbegründete Bevorteilung dieser Geschäftsführer, die aber ebenso pflichtwidrig gehandelt haben und somit gleich strafwürdig sind wie jene, die nur gerade das ihnen anvertraute Vermögen schädigen.

---

1) Graven SJK 7, Schwander 363
2) Zur Umschreibung des Vermögensbegriffes vorne 67 f
3) Leipziger Kommentar § 266 N 54; ferner Schwander 363, Graven SJK 8 f, Stratenwerth 259, Schönke-Schröder § 266 N 44, ebenso wohl auch Maurach BT 345
4) VE Febr. 1908 Art. 94 N 1, kritisiert von Freudenthal 147, vgl. vorne 16
5) so wohl auch Graven SJK 8 f und Schwander 363

Wesentlich ist, dass der Schaden beim Vermögensinhaber selbst, für dessen Vermögen er eben zu sorgen verpflichtet ist, und nicht bei einem Dritten, etwa bei einèm seiner Gläubiger, eintritt [6].

Diese Identität erfordert hingegen nicht, dass derjenige, der dem Geschäftsführer den Auftrag zur Geschäftsführung gegeben hat, mit dem Vermögensinhaber identisch sein muss [7]. Der Auftraggeber kann dem Geschäftsführer auch Vermögenswerte eines Dritten zur Interessenwahrnehmung übertragen [8].

Ein Schaden liegt dann vor, wenn der Geschäftsführer durch seine Handlung eine Verminderung der Aktiven oder eine Vermehrung der Passiven im Vermögen des Geschäftsherrn bewirkt hat [9]. Demzufolge liegt aber dann kein Schaden vor, wenn der Täter durch die gleiche Handlung [10] den Schaden wieder ausgleicht, wobei der Ausgleich vollwertig, nicht aber gleichartig zu sein braucht, hingegen gleichzeitig zu erfolgen hat [11].

Behält der Geschäftsführer abredewidrig Vermögenswerte zurück, die zwar dem Geschäftsherrn gehören, auf die dieser jedoch etwa infolge von Rechts- oder Sittenwidrigkeit keinen rechtlich durchsetzbaren Rückforderungsanspruch mehr besitzt (Art. 66 OR), so schädigt er den Geschäftsherrn ebenfalls am Vermögen [12]. Auch ein solcher Anspruch besitzt Vermögensqualität im strafrechtlichen Sinn [13]. Zivilrechtliche Fragen werden jedoch bedeutsam, wenn der Geschäftsführer durch Ueberschreiten seiner Vollmacht eine schädigende Handlung vorgenommen hat. Zunächst wird nach zivilrechtlichen

---

6) Graven SJK 8 f, Schwander 363, Schönke-Schröder § 266 N 44, ebenso letztlich Nager 98 sowie 114
7) Leipziger Kommentar § 266 N 54
8) vgl. vorne 63 ff
9) Ardinay ZStrR 86 241, Schwander ZStrR 78 345
10) Leipziger Kommentar § 266 N 53
11) Schwander ZStrR 78 348 ff, Ardinay ZStrR 86 245
12) Ardinay ZStrR 86 241, Schwander ZStrR 78 353 f, Nager 116, BGE 93 IV 14; a.M. Welzel 388
13) vgl. vorne 67

Gesichtspunkten zu entscheiden sein, ob der Geschäftsherr durch die Handlung des Geschäftsführers überhaupt verpflichtet (Art. 32 ff OR) und somit geschädigt worden ist. War die Handlung des Geschäftsführers für den Geschäftsherrn zivilrechtlich nicht bindend, so dürfte normalerweise auch kein Schaden entstanden sein [14], es sei denn, der Geschäftsführer habe bereits Verfügungen getroffen, die nur noch mit Kosten verbunden rückgängig gemacht werden können.

2. Schaden durch Vermögensverminderung

Diese Art der Vermögensschädigung ist wohl der häufigere Fall. Der Geschäftsführer bewirkt durch ein aktives Tun eine Verminderung der Aktiven oder eine Vermehrung der Passiven (durch Abschliessen ungünstiger Verträge etwa). Der gleiche "Erfolg" kann aber auch durch Unterlassung erreicht werden, so etwa durch Fristversäumnis oder durch Nichtunterbrechung einer Verjährungsfrist.

3. Schaden durch Unterlassung der Vermögensvermehrung

Etwas problematischer ist die Frage, ob auch der entgangene Gewinn (lucrum cessans) eine Schädigung bedeute. Allgemein kann der entgangene Gewinn nicht als Vermögensschaden betrachtet werden [15], sofern vorgängig kein Anspruch auf die Vermögensvermehrung bestand [16]. Wir haben aber festgestellt, dass ein Geschäftsführer verpflichtet sein kann, das Vermögen des Geschäftsherrn zu vermehren [17]. Des weitern, dass Gewinnaussichten, die "mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten" sind, als Bestandteil des Vermögens zu betrachten sind [18]. Daraus folgt aber, dass ein Vermögensschaden entstanden ist, wenn der Geschäftsführer

---

14) Stratenwerth 260
15) Schwander ZStrR 78 345 f
16) Stratenwerth 229
17) vorne 74
18) BGE 87 IV 11; vgl. auch vorne 68

konkrete Gewinnaussichten pflichtwidrig nicht realisiert [19].

Ein entgangener Gewinn war demnach als Schaden zu betrachten, als eine Depothalterin eines Konsums andere als von der Genossenschaft gelieferte Waren verkaufte. Der Konsum ging der Gewinnmargen jener Güter verlustig, die anstelle der Fremdware nicht verkauft werden konnten [20]. Ebenso war eine Gemeinde dadurch geschädigt, dass ihr Vermögen nicht vergrössert wurde, weil es der Gemeindeschreiber unterliess, verschiedene Gemeindesteuern einzuziehen [21].

4. Vorübergehender Schaden

Weil ein Geschäftsführer eine Geldsumme, die er zur Weiterleitung an seinen Geschäftsherrn erhalten hatte, diesem nicht auszahlte, sondern sie anderweitig verwendete in der Hoffnung, den Geschäftsherrn zu einem späteren Zeitpunkt aus anderen Mitteln zu befriedigen, wurde beim Geschäftsherrn ein vorübergehender Schaden erkannt [22]. Ebenso war der Konsumverein vorübergehend geschädigt, aus dessen Kasse der Geschäftsführer einem Dritten ein zinsloses Darlehen gewährte. Das Geld war während der Darlehenszeit dem Geschäftsherrn entzogen und für Zwecke eingesetzt, die nicht dessen Interessen entsprachen. Insbesondere erlitt der Konsumverein einen Zinsverlust [23].

Nach der heute einstimmigen Meinung ist die Tatbestandsmässigkeit gegeben, wenn ein auch nur vorübergehender Schaden eingetreten ist. Mit Eintritt des Schadens ist das Delikt der ungetreuen Geschäftsführung vollendet [24]. Denn

---

19) Schwander ZStrR 78 345 f, Ardinay ZStrR 86 243, Walder 26, Graven SJK 7 u.a.
20) PKG 1959 129
21) BGE 81 IV 228; vgl. ferner BGE 80 IV 243, 86 IV 12
22) BlZR 71/1972 341
23) PKG 1953 58
24) Walder 27, BGE 87 IV 11, vgl. Schwander ZStrR 78 346 mit weiteren Bundesgerichtsurteilen

ein Schaden ist auch dann eingetreten, wenn er nicht endgültig ist [25]. Wird nachträglich der Schaden wieder ausgeglichen [26], kann damit die bereits vollendete Tat nicht mehr rückgängig gemacht werden. Diese Handlung kann lediglich als Deckung eines bereits eingetretenen Schadens gewertet werden [27]. Die strafbare Handlung als solche bleibt aber bestehen.

In diesem Zusammenhang sei noch auf die Beurteilung von sogenannten schwarzen Kassen hingewiesen. In Deutschland wurde bereits in der Bildung solcher schwarzen Kassen eine Vermögensschädigung angesehen, da der Geschäftsherr über solche Gelder nicht mehr verfügen könne. So etwa, als sich ein Beamter durch fingierte übersetzte Rechnungen eines Aussenstehenden für seine Dienststelle mehr öffentliche Gelder verschaffte als ihm ordnungsgemäss zugestanden wären. Obwohl auch diese Gelder der schwarzen Kasse für Aufgaben verwendet wurden, die durchaus im Rahmen seiner Pflichten lagen, wurde Untreue befürwortet [28]. Diese Beurteilung ist auch für die ungetreue Geschäftsführung zutreffend. Die Bildung schwarzer Kassen wird meist mittels verdeckter Bezüge geschehen, die der Geschäftsherr als solche nicht zu erkennen vermag. Diese Bezüge sind, buchhalterisch gesehen, Ausgaben, denen jedoch kein echter Gegenwert entgegensteht. Sie stellen eine Vermögensverminderung, also einen Vermögensschaden dar. Dass die so bezogenen Gelder tatsächlich noch vorhanden sind - eben in den schwarzen Kassen des Geschäftsführers - vermag nicht zu verhindern, dass beim Geschäftsherrn eine Vermögensverminderung eingetreten ist, da er faktisch von der Verfügungsmöglichkeit

---

25) Ardinay ZStrR 86 245, Leipziger Kommentar § 266 N 53
26) der Kassenverwalter glich nachträglich die Geldentnahmen seiner Ehefrau wieder aus, BGE 84 IV 14
27) Walder 27, Ardinay ZStrR 86 245, BGE 84 IV 14, 78 IV 27
28) RG St 71,155; die deutsche Praxis zu diesem Problem ist allerdings noch uneinheitlich, vgl. dazu Leipziger Kommentar § 266 N 55 mit einer Skizzierung der deutschen Rechtssprechung, ferner Kohlrausch-Lange 380

über diese Geldbeträge ausgeschlossen ist. Ob nun dieser Schaden vorübergehender oder dauernder Natur ist, entscheidet sich nach der Verwendung dieser Geldmittel. Wenn der Geschäftsführer nachträglich diese Mittel pflichtgemäss und im Interesse des Geschäftsherrn einsetzt, erwächst dem Vermögen zwar der notwendige Gegenwert; dadurch kann der Schaden wohl rückgängig, aber nicht mehr ungeschehen gemacht werden [29]. Es ist ein vorübergehender Schaden eingetreten, der aber wie erwähnt den Tatbestand erfüllt [30].

Die pflichtwidrige Aeufnung von schwarzen Kassen "auf Vorrat" kann somit Gegenstand einer ungetreuen Geschäftsführung darstellen [31]. Anders verhält es sich aber, wenn der heimliche Bezug und die Verwendung gleichzeitig und im Interesse des Geschäftsherrn geschieht. Dann wird die Entstehung eines Schadens durch den eingangs erwähnten [32] Schadensausgleich verhindert.

Abschliessend ist zu bemerken, dass gerade im Rahmen einer Geschäftsführung oft eine vorübergehende Vermögensverminderung, mithin ein Schaden, im Hinblick auf einen später zu erzielenden Gewinn bewusst herbeigeführt wird. Dieser vorübergehende Schaden ist, wie Nager sich ausdrückt, ein "notwendiges Durchgangsstadium" zurErreichung des späteren Vorteils. In aller Regel wird aber mangels Schädigungsvorsatzes keine strafbare Handlung vorliegen [33].

---

29) RG St 71,158

30) hat aber der Geschäftsführer diese Gelder pflichtbewusst verwendet, so ist besonderes Gewicht darauf zu legen, ob der Geschäftsführer bei der Bildung der schwarzen Kassen mit Schädigungsabsicht gehandelt hat

31) a.M. Leipziger Kommentar § 266 N 55, der eine Schädigung des Geschäftsherrn erst dann annimmt, wenn die schwarzen Gelder auch pflichtwidrig verwendet wurden

32) vorne 84

33) Nager 114

5. Blosse Vermögensgefährdung

Art. 159 StGB ist ein Verletzungs- und kein Gefährdungsdelikt. Deshalb genügt eine Vermögensgefährdung allein noch nicht zur Erfüllung des Tatbestandes. Dazu bedarf es eines tatsächlich eingetretenen Schadens [34]. Ist eine Vermögensgefährdung jedoch derart intensiv, dass ein späterer Schaden mit grosser Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, so ist - wirtschaftlich betrachtet - bereits ein Schaden eingetreten [35]. Dies wird spätestens dann ersichtlich, wenn etwa eine durch den Geschäftsführer ungenügend gesicherte Forderung abgetreten werden will. Der Nominalbetrag wird kaum zu erhalten sein [36]. Ob aber eine Gefährdung bereits eine tatsächliche Vermögensverminderung bewirkte, ist eine Tatfrage, die aus den konkreten Umständen heraus zu beantworten ist [37].

Die Grenze zwischen Vermögensgefährdung und Vermögensschaden ist in der Realität jedoch fliessend. Diese Grenzziehung kann aber über Schuld- oder Freispruch entscheiden [38]. Das Bundesgericht hat betreffend eines Darlehensbetruges festgelegt, dass "die Darlehensforderung erheblich gefährdet und infolgedessen wesentlich herabgesetzt" sein muss, damit infolge einer Vermögensgefährdung bereits ein eingetretener Schaden befürwortet werden kann [39]; es bedarf also einer "qualifizierten Gefährdung" [40], damit ein Schaden vorliegt.

---

34) Stratenwerth 230, Schwander ZStrR 78 347, RS 1944 Nr. 165 79 und 1950 Nr. 123 44
35) Stratenwerth 230, Schwander ZStrR 78 347, Walder 27, vgl. auch Nager 117 f, der die Gefährdung aber zu allgemein als genügend bezeichnet
36) vgl. dazu Schwander ZStrR 78 342 f
37) Schwander ZStrR 78 347, Ardinay ZStrR 86 246
38) Schwander ZStrR 78 347
39) BGE 82 IV 90 f, den früheren BGE 72 IV 124 korrigierend
40) Ardinay ZStrR 86 247

II. Zur Schadensberechnung

Grundsätzlich wird der Schaden durch eine Gegenüberstellung des Gesamtvermögens vor und nach der schädigenden Handlung ermittelt [41]. Diese Schadensermittlung wird dann wenige Probleme bieten, wenn infolge einer Tat lediglich ein Verlust eingetreten ist, wenn also einer Verminderung der Aktiven oder Erhöhung der Passiven keine reziproke Vermögensverschiebung gegenübersteht [42].

Schwieriger gestaltet sich die Berechnung aber dann, wenn die Handlung nebst der Vermögensverminderung gleichzeitig auch eine Vermögensvermehrung bewirkte. Sind Leistung und Gegenleistung nach dem objektiven Massstab des Verkehrswertes nicht gleichwertig, so liegt offensichtlich ein Vermögensschaden vor. Sind dagegen beide Leistungen objektiv gleichwertig, so ist ein Schaden trotzdem noch nicht auszuschliessen. Zu denken ist etwa an einen Geschäftsführer, der hohe Beträge zur Werbung für ein Produkt einsetzt, dessen Produktion aber in absehbarer Zeit auslaufen wird; oder wenn er Waren einkauft, die dem Geschäftsherrn nicht dienlich sind. Objektiv wird in beiden Fällen eine Gleichwertigkeit der Leistungen gegeben sein. Trotzdem kann die Gegenleistung für den Geschäftsherrn in seiner konkreten Situation einen geringeren Wert darstellen [43]. Die eingekauften Waren, die der Geschäftsherr nicht oder nur bedingt verwenden kann, stellen unter solchen Bedingungen einen geringeren Wert dar. Ein Schaden müsste lediglich dann verneint werden, wenn die Ware ohne Verlust weiterverkauft werden könnte, was bei Zweithandgeschäften allerdings selten der Fall sein wird [44]. In solchen Fällen, in denen ein Weiterverkauf der

---

41) Schwander ZStrR 78 350, Ardinay ZStrR 86 242
42) Beispiele in Leipziger Kommentar 8. Aufl. 381
43) Schwander ZStrR 78 342, Ardinay ZStrR 86 242, Walder 27
44) Walder 27

Ware möglich ist, wobei also ein rein objektiver Wert ermittelt werden kann, wäre die alleinige Abstützung der Schadensberechnung auf den Tausch- oder Marktwert, wie Schultz es vorschlägt [45], durchaus gangbar [46]. Kann jedoch die Gegenleistung nicht mehr weiter veräussert werden oder überhaupt nicht mehr rückgängig gemacht werden, wie etwa bei Arbeitsleistungen oder Dienstleistungen - so auch bei unserem Reklamebeispiel - so bedarf es der objektiv-personalen Bewertung, wonach der Schaden nach objektiven Gesichtspunkten danach bemessen werden muss, inwieweit die Gegenleistung dem Geschäftsherrn tatsächlich nützlich ist [47].

Demgegenüber bejaht das Bundesgericht in konstanter Praxis zur Schadensberechnung beim Betrug, dass ein Schaden bereits schon dann gegeben sei, "wenn Leistung und Gegenleistung in einem für ihn ungünstigeren Wertverhältnis stehen, als sie nach der vorgespiegelten Sachlage stehen müssten" [48].

III. Die Bedeutung des Schadenseintrittes

Der Eintritt des Schadens bewirkt, dass das Delikt vollendet ist [49], womit auch entschieden wird, ob lediglich eine versuchte oder eine vollendete Tat vorliegt [50].

In diesem Zusammenhang ist noch kurz auf die Frage einzutreten, ob bereits beim Abschluss eines nachteiligen Verpflichtungsgeschäftes ein tatsächlicher Schaden eintritt oder erst beim Verfügungsgeschäft. Bezüglich eines Darlehensbetruges hat das Bundesgericht den Schadenseintritt bereits

---

45) Schultz ZbJV 104/1968 436, 84/1948 182
46) vgl. Leipziger Kommentar 8. Aufl. 376
47) Schwander ZStrR 78 342, Ardinay ZStrR 86 242, Stratenwerth 229 f
48) BGE 100 IV 276 und dort zitierte Entscheide
49) Graven SJK 7 und 11, Walder 27
50) Germann, Verbrechen 279, vgl. BGE 96 IV 147 f, 100 IV 173

mit erfolgter Vertragsunterzeichnung angenommen [51]. Da das Darlehen noch nicht ausbezahlt war, ist es fraglich, ob tatsächlich schon ein (vorübergehender) Schaden entstanden ist, wie es in diesem Entscheid angenommen wird. Eher wird vom Zeitpunkt der Verpflichtung an bis zur Verfügung eine Vermögensgefährdung anzunehmen sein [52], die je nach den Umständen bereits einen tatsächlichen Schaden darstellen kann oder nicht [53]. Ein konkreter, tatsächlicher Schaden tritt in der Regel aber erst infolge eines Verfügungsgeschäftes ein [54].

---

51) BGE 74 IV 152, 100 IV 170, ebenso Ardinay ZStrR 86 246
52) so letztlich auch Ardinay ZStrR 86 246
53) zur Massgeblichkeit einer Vermögensgefährdung, vorne 89
54) vgl. dazu BGE 96 IV 147 f, 92 IV 130 f

§6 DER KAUSALZUSAMMENHANG ZWISCHEN HANDLUNG UND SCHADEN

Zum Tatbestand des Art. 159 StGB gehört schliesslich, dass ein Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg, zwischen der Tätigkeit des Geschäftsführers und dem eingetretenen Vermögensschaden gegeben ist.
Der Kausalzusammenhang ist zunächst anhand der natürlichen Kausalität zu prüfen. Dieser Kausalzusammenhang ist dann gegeben, wenn ein Verhalten Ursache eines Erfolges ist, "das mit diesem Erfolg (...) naturgesetzmässig verbunden ist",[1] wobei es jedoch nicht die alleinige oder unmittelbare Ursache des Erfolgs zu sein braucht.[2] Der naturgemäss weitfassende Bereich dieser natürlichen Kausalität bedarf noch einer Einschränkung, die durch die Prüfung der adaequaten Kausalität erfolgt.[3] Damit ein Verhalten für den Erfolg adaequat kausal und somit rechtlich erheblich ist, muss sie "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet sein, den Erfolg herbeizuführen".[4] Der Erfolg muss mithin voraussehbar gewesen sein und zwar im objektiven Sinn; ob er auch subjektiv, für den Täter in seiner konkreten Situation voraussehbar war, ist erst im Zusammenhang mit der Schuldfrage zu prüfen.[5]
Das Bundesgericht hat indes in einem Entscheid festgehalten, dass bei Vorsatzdelikten die Existenz der natürlichen Kausalität genüge, während es für die Fahrlässigkeitsdelikte an der Prüfung der adaequaten Kausalität festhält.[6] Dies hat zur Folge, dass bei den Vorsatzdelikten - wie die ungetreue

---

1) Gmür 146 f
2) BGE 95 IV 142, vgl. Walder ZStrR 93/1977 129 f, Schultz I 100
3) Walder ZStrR 93/1977 144 ff
4) BGE 73 IV 232, vgl. BGE 101 IV 31 mit Verweisung
5) Walder ZStrR 93/1977 145 N 67, vgl. BGE 91 IV 120 bezüglich eines Fahrlässigkeitsdeliktes; zur erforderlichen Intensität der Voraussehbarkeit vgl. Walder a.a.O. 145 ff
6) BGE 78 IV 7, ferner 98 IV 15 f und 173 f, 95 IV 142 f u.a.; vgl. Schultz I 101. Gmür 99 ff, insb. 110 ff, lehnt auch bei den fahrlässig begangenen Taten eine Prüfung der adaequaten Kausalität als überflüssig ab.

Geschäftsführung eines darstellt - die generelle und konkrete Voraussehbarkeit erst im Zusammenhang mit der Schuldfrage geprüft zu werden braucht.[7)]

Steht eine Unterlassung des Geschäftsführers zur Diskussion, so ist zu prüfen, ob sein Verhalten, wäre es pflichtgemäss gewesen, die geforderte Vermögensvermehrung herbeigeführt oder die Vermögensverminderung verhindert hätte.[8)]

---

7) vgl. Schultz I 101, Gmür 59 f und 99 ff
8) Walder 28; vgl. Walder ZStrR 93/1977 152 ff, BGE 80 IV 249, 102 IV 100, Gmür 133 ff

§ 7 RECHTSWIDRIGKEIT UND RECHTFERTIGUNGSGRUENDE

I. Die Rechtswidrigkeit

Jedes tatbestandsmässiges Verhalten ist, da es ein durch eine rechtliche Norm geschütztes Rechtsgut verletzt, rechtswidrig und somit als "nicht gerechtfertigt" [1] zu bezeichnen, sofern nicht infolge eines Rechtfertigungsgrundes das an sich tatbestandsmässige Verhalten erlaubt ist [2]. Daher handelt jeder Geschäftsführer rechtswidrig, wenn er seinen Geschäftsherrn durch sein pflichtwidriges Verhalten am Vermögen schädigt, sofern nicht ein Rechtfertigungsgrund sein Verhalten rechtfertigt.

II. Die Rechtfertigungsgründe

Steht einem tatbestandsmässigen Verhalten ein Rechtfertigungsgrund gegenüber, so liegt eine Kollision zweier an sich schützenswerter Rechtsgüter vor [3]. Der Schutz des einen Rechtsgutes kann allenfalls nur durch eine Verletzung eines anderen Rechtsgutes gewährleistet werden. Diese Verletzung ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn nach Abwägen des Wertes der beiden Rechtsgüter das unversehrte Rechtsgut einen höheren Wert aufzuweisen hat als das verletzte [4]. Zugleich ist zu berücksichtigen, dass der Eingriff in das Rechtsgut im Verhältnis zum Wert des geschützten Rechtsgutes angemessen sein muss [5].
Eine "Wertkollision" [6] ist in verschiedensten Situationen

---

1) Schultz I 116
2) Schultz I 113 ff, Germann, Verbrechen 162
3) Noll ZStrR 80 162 f
4) Schultz I 154
5) Schultz I 154, BGE 94 IV 70
6) Noll ZStrR 80 163

denkbar. Nebst den gesetzlichen Rechtfertigungsgründen (Art. 32 bis 34 StGB), die keine abschliessende Aufzählung darstellen, sind deshalb andere, aussergesetzliche Rechtfertigungsgründe möglich [7].

Für die ungetreue Geschäftsführung dürften in der Praxis die Rechtfertigungsgründe kaum von grosser Wichtigkeit sein [8]. Von den gesetzlichen Rechtfertigungsgründen wird einzig Art. 32 StGB (Gesetz, Amts- oder Berufspflicht) Bedeutung erlangen, so etwa wenn der Vermögensverwalter Vermögenswerte deklariert, die bis anhin den Steuerbehörden verborgen waren [9]. Bei den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgründen ist allenfalls noch an das "erlaubte Risiko" und an die "Einwilligung des Verletzten" zu denken. Hier handelt es sich jedoch, wie bereits erwähnt [10], um Elemente, die die Pflichtwidrigkeit ausschliessen - womit aber bereits ein Mangel am Tatbestand gegeben ist - und die im Zusammenhang mit der Rechtswidrigkeit nicht mehr geprüft zu werden brauchen [11].

---

7) Schultz I 155 und 157, Noll ZStrR 80 168 f, Germann, Verbrechen 210, BGE 94 IV 70
8) Walder 28, Leipziger Kommentar § 266 N 59
9) Graven SJK 10
10) vorne 78 ff
11) Walder 28 f

§ 8 DIE SCHULD

I. Das Erfordernis der vorsätzlichen Begehung

Wenn im Verlaufe der bisherigen Darstellungen recht selten auf die Schuldfrage hingewiesen wurde, so geschah dies nicht deshalb, weil diese Frage nicht besonders zu erwähnen wäre, im Gegenteil. An vielen Orten hätte es, um das Dargelegte ins richtige Licht zu rücken, eines Hinweises auf die Schuldfrage bedurft. Deshalb sei nun an dieser Stelle einleitend noch einmal festgehalten: nur jener Geschäftsführer macht sich einer ungetreuen Geschäftsführung schuldig, der trotz seiner Fürsorgepflicht seinen Geschäftsherrn am Vermögen schädigt, sofern er diese Schädigung vorsätzlich oder zumindest mit Eventualvorsatz herbeiführt. Gerade aber dieser Nachweis des Vorsatzes dürfte in der Praxis auf etliche Schwierigkeiten stossen [1].

1. Die verschiedenen Vorsatzformen

Die heute herrschende Lehre unterteilt den Vorsatz in drei verschiedene Erscheinungsformen: Absicht, einfacher Vorsatz und Eventualvorsatz [2]. Setzen wir die in Art. 18 Abs.2StGB mit "Wissen und Willen" umschriebene vorsätzliche Handlung dem einfachen Vorsatz gleich, so ist diesem gegenüber das Merkmal der Absicht in einer stärkeren Betonung des Willens zu sehen, währenddem beim Eventualvorsatz eine Einschränkung des Wissens festzustellen ist [3]. Dazu im Einzelnen:

---

1) vgl. dazu Schultz, Wirtschaftskriminalität 22 f
2) Schwander 92 f, Schultz I 131 ff, Walder 31 f, Gukelberger 16 mit weiteren Literaturangaben; BGE 98 IV 66 f, 79 IV 6 insofern, als sie den Eventualvorsatz auf die gleiche Stufe stellen wie den einfachen Vorsatz; a.M. Germann ZStrR 77 356 f
3) Germann ZStrR 77 380

a) Die Absicht ist als schwerste Vorsatzart zu bezeichnen. Sie ist dann gegeben, wenn die tatbestandsmässige Verletzung des Rechtsgutes direktes Handlungsziel des Täters ist, wenn sein Wille gerade auf diesen Erfolg ausgerichtet ist [4]. Der Begriff "Absicht" hat, im Zusammenhang mit den Absichtsdelikten, jedoch noch eine zweite Bedeutung. Hier beinhaltet die Absicht "ein zukünftiges Handlungsziel, eine bestimmte Wirkung, welche man mit der vorgenommenen Handlung erreichen will" [5]. Die Absicht ist auf ein weiterreichenderes Ziel gerichtet, als zur Vollendung des objektiven Tatbestandes erforderlich ist [6]. Auf eine weitere Verfolgung des Absichtsbegriffes im weiten Sinne kann in unserem Zusammenhang verzichtet werden, da die ungetreue Geschäftsführung als reines Vorsatzdelikt ausgestaltet ist und somit keine besondere Absicht, insbesondere keine Bereicherungsabsicht verlangt.
Dass ein Geschäftsführer mit Absicht, verstanden als spezielle Vorsatzart, handelt, wird allerdings selten anzutreffen sein [7].

b) Mit einfachem Vorsatz handelt der Täter dann, wenn er "den deliktischen Erfolg zwar nicht beabsichtigt, aber doch als unabtrennbare Nebenfolge der eigenen Tätigkeit vorausgesehen und bei seinem Willensentschluss 'in Kauf genommen'", ihn also in seinen Willensentschluss miteinbezogen hat [8]. Das Entscheidende ist hier also, dass der Täter sicher weiss, dass der Erfolg (hier Vermögensschaden) eintreten wird, wenn er seine geplante Handlung durchführen wird. Vorsätzlich handelte demnach jener Geschäftsführer, der Arbeitskräfte seines Geschäftsherrn für eigene Aufgaben einsetzte [9].

---

4) Gukelberger 16, Schwander 92
5) Schultz ZStrR 73 236
6) Gukelberger 20, BGE 74 IV 45 f, 80 IV 119 f
7) Walder 31
8) Germann ZStrR 77 354, vgl. Schwander 93
9) BGE 81 IV 276

Das eigentliche Ziel seines Handelns war nicht die Schädigung seines Geschäftsherrn, sondern die eigene Konstruktion und Fabrikation von Maschinen. Um dieses Ziel aber erreichen zu können, war er gezwungen, Arbeitskräfte des Geschäftsherrn einzusetzen und ihn dadurch am Vermögen zu schädigen.

c) Man kann aber auch heute noch davon ausgehen, dass jene Geschäftsführer, die ihren Geschäftsherrn vorsätzlich, geschweige denn absichtlich am Vermögen schädigen, eher die Ausnahme bilden. Deshalb wird dem Eventualvorsatz bei der ungetreuen Geschäftsführung von den drei Vorsatzarten die grösste praktische Bedeutung zukommen.
Das Bundesgericht hat in einem Entscheid erklärt, dass Eventualvorsatz trotz theoretischer Bedenken auch für Art. 159 StGB genüge [10]. In der übrigen Lehre und Praxis wird der Eventualvorsatz aber vorbehaltlos akzeptiert [11].

Der Eventualvorsatz ist gegeben, wenn "der Täter sich mit dem als möglich vorausgesehenen Erfolg für den Fall seines Eintrittes abfindet oder ihn in Kauf nimmt" [12]. Somit unterscheidet sich der Eventualvorsatz vom einfachen Vorsatz darin, dass der Täter nicht sicher weiss, ob der Erfolg überhaupt eintreten wird; lediglich das Wissen um den Erfolg ist eingeschränkt, während das Wollen beim Eventualvorsatz demjenigen des einfachen Vorsatzes gleichwertig ist [13]. Andererseits hebt sich der Eventualvorsatz von der bewussten Fahrlässigkeit dadurch ab, dass hier der Täter hofft, dass der Erfolg nicht eintreten werde, während er dort mit dem Erfolg eben einverstanden ist, ihn billigt oder in Kauf nimmt [14].
Einige Verwirrung hat das Bundesgericht jedoch mit zwei

---

10) BGE 86 IV 12
11) für viele: Hafter I 321, Schwander 363, Stratenwerth 261, Graven,SJK 9 und SJZ 44/1948 85 f, Walder 32 ff; BlZR 68/1969 93, RS 1966 Nr. 1 1, 1968 Nr. 100 53
12) BGE 96 IV 101
13) Schultz ZbJV 103/1967 420, Germann ZStrR 77 355 f
14) BGE 96 IV 99 mit Verweis auf die früheren Entscheide

französisch gefassten Entscheiden in diese Frage gebracht. In BGE 86 IV 12, Pra 49 Nr. 83 [15] und in Bestätigung davon in BGE 92 IV 65, Pra 55 Nr. 137 [16] hat es erklärt, dass es für den Eventualvorsatz nicht genüge, dass der Täter den Erfolg in Kauf nehme oder sich damit abfinde. Auch der bewusst fahrlässig Handelnde kenne die Möglichkeit, dass der Erfolg eintrete und nehme ihn in Kauf [17]. Im korrigierenden Entscheid BGE 96 IV 99 kehrt nun das Bundesgericht wieder zu der in BGE 81 IV 202 verlassenen Rechtssprechung zurück. Der Hauptgrund für diese vorübergehende Aenderung der Rechtssprechung lag unter anderem, wie Schultz anführt, darin, dass offensichtlich sprachliche Missverständnisse bestanden [18], denn das Bundesgericht erklärt, dass die Begriffe "billigen", "sich abfinden" und "inkaufnehmen" doch als gleichwertig zu betrachten seien [19].
Erwähnt sei noch, dass das Motiv, der Beweggrund (Hass, Neid, Rache usw.) des Täters bei der ungetreuen Geschäftsführung keinen Einfluss auf die Schuldfrage auszuüben vermag. Diese Tatsache ist allenfalls im Zusammenhang mit der Strafzumessung (Art. 63 resp. 64 StGB) zu berücksichtigen [20]. Lediglich in Abs. 2 wirkt das gewinnsüchtige Motiv qualifizierend [21].

2. Der Ausschluss der Fahrlässigkeit

Gemäss Art. 18 Abs. 1 StGB ist nur jene Tat strafbar, die vorsätzlich begangen wird, sofern es im Gesetz nicht ausdrücklich anders bestimmt ist. Bei der ungetreuen Geschäftsführung ist deshalb die fahrlässige Begehung nicht strafbar [22]. Daran ändert auch nichts, dass in einigen Vorent-

---

15) kritisiert von Germann ZStrR 77 378 ff und Walder 32 ff
16) kritisiert von Schultz ZbJV 103/1967 418 ff
17) Pra 49 Nr. 83 239
18) Schultz ZbJV 103/1967 419
19) BGE 96 IV 101
20) Germann, Verbrechen 54 ff, Graven SJK 10, Hafter I 321 u.a.
21) Graven SJK 10, Hafter I 321
22) BGE 86 IV 15

würfen noch die Begriffe "vorsätzlich", "wissentlich" oder "absichtlich" vorhanden waren [23]. Aus den Unterlagen zu den Vorentwürfen kommt eindeutig zum Ausdruck, dass durch die Streichung dieser Ausdrücke nicht die fahrlässige Begehung unter Strafe gestellt werden sollte, sondern dass lediglich überflüssige Begriffe entfernt wurden [24].
Das geschützte Rechtsgut von Art. 159 StGB, das Vermögen, rechtfertigt es noch nicht, dass eine fahrlässige Begehung bereits strafbar sein sollte. Es findet sich denn auch kein Vermögensdelikt, mit Ausnahme von Art. 154 Ziff. 2 StGB [25] - dem Inverkehrbringen gefälschter Waren - das die Fahrlässigkeit mit Strafe bedrohen würde. Abgesehen von den Nebenstrafgesetzen beschränkt sich im StGB das strafbare fahrlässige Verhalten hauptsächlich auf Tatbestände, die hochwertige Rechtsgüter wie Leib und Leben schützen [26].

Im Geschäftsleben wird man immer mit Verlusten und finanziellen Rückschlägen rechnen müssen, die oft darauf zurückzuführen sind, dass ein Geschäftsführer seine Sorgfaltspflicht verletzt hat. Wollte man also auch die fahrlässig begangene ungetreue Geschäftsführung bestrafen, so müsste dies zu übermässig vielen Strafverfahren führen. Aber abgesehen von diesen Gründen der Praktikabilität kann eine fahrlässige ungetreue Geschäftsführung nicht als strafwürdig betrachtet werden. Es ist hier sicher angebracht, sich auf den zivilrechtlichen Schadensausgleich zu beschränken [27].

---

23) VE Februar 1908 Art. 94, VE April 1908 Art. 94; Vorschlag des Ständerates zu Art. 136: Sten. Bull. 1931 167
24) 2. Exp.-Kommission 375, Botschaft 36 sowie aus den Beratungen der Räte, vgl. vorne 16 und 18; vgl. dazu Graven SJK 9, SJZ 44/1948 83 f, Walder 29 ff
25) Nager 43 N 13
26) vgl. dazu Schultz I 137
27) vgl. Nager 42 f

3. Die vom Vorsatz zu erfassenden Merkmale

Der Vorsatz umfasst stets ein Wissen und ein Wollen des tatbeständlichen Geschehens, allerdings in je unterschiedlicher Intensität [28]. Der Vorsatz hat sich aber letztlich auf einzelne Merkmale des tatbestandsmässigen Verhaltens zu beziehen, wobei teilweise das Wissenselement genügt und lediglich bei der Verwirklichung des tatbestandsmässigen Erfolges das Willenselement dazukommen muss [29]:

a) Der Täter muss sich seiner Geschäftsführerstellung bewusst sein. Insbesondere musste ihm klar sein, dass er für fremdes Vermögen zu sorgen verpflichtet war, und zwar in verantwortlicher Stellung. Nicht entscheidend ist hingegen, dass er um den rechtlichen Entstehungsgrund seiner Vermögensfürsorgepflicht wusste [30]. Ebensowenig ist von Bedeutung, dass er den Vermögensträger kannte [31]. Es genügt, wenn er wusste, dass die zu betreuenden Vermögenswerte nicht die eigenen, sondern fremde waren [32].

b) Der Täter muss im Bewusstsein gehandelt haben, dass seine Handlungsweise pflichtwidrig war [33], dass sie entgegen den Weisungen des Geschäftsherrn oder allgemeinen Grundsätzen ordentlicher Geschäftsführung stand [34], mithin gegen die Interessen des Geschäftsherrn gerichtet war. Hat der Täter aber irrtümlicherweise angenommen, er handle im Sinne des Geschäftsherrn oder mit dessen Einverständnis, so fehlt es am Vorsatz, pflichtwidrig zu handeln. Dieses Verhalten ist aber als Sachverhaltsirrtum gemäss Art. 19 StGB zu werten [35].

---

28) vgl. vorne 97
29) Schultz I 127 f
30) Walder 35
31) vgl. vorne 62 ff
32) Leipziger Kommentar § 266 N 54 und 61
33) vgl. vorne 76 f
34) Walder 35
35) Walder 35, Leipziger Kommentar § 266 N 60; Maurach BT 347 und Welzel 386,389 sehen darin jedoch einen Verbotsirrtum; vgl. dazu hinten 105 f

c) Entscheidend ist aber, ob der Täter den Eintritt eines Vermögensschadens bewusst wollte oder ihn mindestens in Kauf nahm. Bei vielen objektiv erfüllten ungetreuen Geschäftsführungen wird dieser Schädigungsvorsatz fehlen. Dieser Punkt stellt bestimmt die wichtigste Aufgabe bei der Ueberprüfung der Schuldfrage dar. Ein Schädigungsvorsatz wird dann meist gegeben sein, wenn, wie Walder ausführt, der Geschäftsführer das fremde Interesse dem eigenen hintanstellt oder etwa ungewöhnliche Spekulationsgeschäfte tätigt, um einen bereits eingetretenen Schaden wieder wettmachen zu können [36].

d) Ein Schädigungsvorsatz ist aber nur dann anzunehmen, wenn der Geschäftsführer den Schadenseintritt voraussehen konnte, wenn also der natürliche Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Schaden [37] erkennbar war, wobei aber der Kausalablauf nicht bis in alle Details voraussehbar sein musste [38].

e) Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts gehört nicht zum Vorsatz das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit. Fehlt dieses Bewusstsein, so wird dieser Umstand im Zusammenhang mit dem Rechts-(Verbots-)irrtum gemäss Art. 20 StGB berücksichtigt [39]. Diese (der Schuldtheorie des deutschen Rechts ähnliche) Auffassung des Bundesgerichts sieht im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ein besonderes Schuldmerkmal, [40] das jedoch erst im Zsuammenhang mit einem allfälligen Rechtsirrtum geprüft wird [41]. Demgegenüber ist aber der in der Schweiz wohl überwiegenden Lehre beizupflichten, wonach der Vorsatz auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zu umfassen hat (sogenannte Vorsatztheorie), ohne dass aber dieses Be-

---

36) Walder 35 f
37) vorne 93 f
38) Walder 36, Schultz I 128, Schwander 90 f
39) BGE 99 IV 185 f, 90 IV 48 f, 82 IV 16 f, 81 IV 242; so auch Schwander 91 und 98 ff
40) Schultz I 130
41) vgl. BGE 98 IV 302 ff, 92 IV 73 f

wusstsein auf den jeweils anwendbaren Tatbestand konkretisiert sein müsste. Vielmehr genügt bereits das Gefühl, unrecht zu tun [42]. Dann aber ist der Rechtsirrtum nach Art. 20 StGB als ein spezieller Anwendungsfall eines Mangels des Unrechtbewusstseins zu betrachten [43].

II. Ausschluss des Vorsatzes durch Ersatzbereitschaft

Es ist durchaus denkbar, dass ein Geschäftsführer Vermögenswerte des Geschäftsherrn vorübergehend für eigene Bedürfnisse einsetzt, gleichzeitig aber eigene Vermögenswerte bereitstellt zur völligen und jederzeitigen Sicherstellung des Geschäftsherrn. Kann nun der Vorsatz trotz dieser bewusst herbeigeführten Schädigung durch die Ersatzbereitschaft ausgeschlossen sein?

Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Veruntreuung wiederholt festgestellt, dass die Bereicherungsabsicht dann ausgeschlossen sein könne, wenn beim Täter eine Ersatzbereitschaft vorhanden war, sofern er seit der Tat jederzeit zur Ersatzleistung gewillt und dazu auch fähig war. Die Ersatzleistung musste aber für den Täter jederzeit griffbereit sein [44].

Gilt dies nun auch für den Schädigungsvorsatz bei der ungetreuen Geschäftsführung? Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen [45]. Wie erwähnt genügt zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes der ungetreuen Geschäftsführung bereits eine vorübergehende Schädigung [46]. Liegt jedoch im Zeitpunkt des bewusst herbeigeführten Schadenseintrittes ein Ersatz-

---

42) so Schultz I 129, vgl. 189 f, Germann, Verbrechen 52, Hafter AT 124, Furger 159 u.a.
43) Furger 234 und 259, Schultz I 130; vgl. dazu auch Germann, Verbrechen 54 N 59
44) BGE 91 IV 133 ff, 81 IV 234 f, 77 IV 12 ff
45) so auch Nager 47, Walder 43, Schönke-Schröder § 266 N 47; verneinend Leipziger Kommentar § 266 N 60, Welzel 386
46) vorne 86 ff

wille und Ersatzfähigkeit vor, so wird dadurch der Schädigungsvorsatz ausgeschlossen, auch wenn ein Schaden eingetreten ist. Denn wohl ist das Wissen um den Schaden vorhanden, es fehlt aber am notwendigen Willenselement. Ein vorsätzliches Handeln liegt in dieser Situation somit nicht vor.

III. Der Irrtum, insbesondere der Tat- und Rechtsirrtum

1. Im Allgemeinen

"Irrtum ist Nichtübereinstimmung von Vorstellung und Wirklichkeit oder, auf das Strafrecht übertragen, das Sich-nicht-Vorstellen der gesetzlich umschriebenen schädigenden oder gefährdenden Tat" [47]. Wenn aber der Täter die Wirklichkeit nicht oder nicht richtig kennt, darum also nicht weiss, so kann er auch den Erfolg, der sich in der Wirklichkeit offenbart, nicht gewollt haben [48]. Daraus ergibt sich, dass ein Irrtum den Vorsatz, der ja wissentliches und willentliches Handeln umfasst, letztlich in seinen beiden Komponenten tangiert. Ein vorsätzliches Handeln ist also nicht möglich, wenn der Täter einem Irrtum unterlegen war [49].
Im StGB sind zwei Arten von Irrtum unterschieden, der Sachverhaltsirrtum (Art. 19 StGB) und der Rechtsirrtum (Art. 20 StGB):

2. Der Sachverhaltsirrtum

Irrt sich der Täter über Tatsachen, die "Merkmale des in Frage stehenden gesetzlichen Tatbestandes verwirklichen, die von der Schuld umfasst sein müssen" [50], so liegt ein Sachverhaltsirrtum vor [51]. Als Sachverhalt ist dabei der

---

47) Hafter AT 184
48) Schultz I 182
49) vgl. dazu Hafter AT 183 f, Germann, Verbrechen 45 ff, Schultz, Irrtum 2 ff, Furger 238
50) Schultz I 184
51) vgl. auch Germann, Verbrechen 183 f, Hafter AT 184 ff

"Inbegriff der tatsächlichen Ereignisse, der zeitlich, örtlich, sachlich und persönlich bestimmten Lebensvorgänge, welche als Voraussetzung der Strafbarkeit sowie erhöhter oder verminderter Strafbarkeit in Frage kommen" [52], zu verstehen. Liegt nun ein solcher Irrtum vor, so hat der Richter jenen Sachverhalt heranzuziehen, den sich der Täter vorgestellt hat (Art. 19 Abs. 1 StGB).
Ein Geschäftsführer unterliegt somit einem Sachverhaltsirrtum, wenn er glaubt, über eigene Vermögenswerte zu verfügen, tatsächlich aber solche des Geschäftsherrn veräussert; auch wenn er annimmt, der Geschäftsherr habe zu einer Disposition seine Einwilligung gegeben [53]. Keinem Sachverhaltsirrtum unterliegt dagegen der Täter, wenn der Schaden bei einem anderen Geschäftsherrn eintrat als bei jenem, den er tatsächlich schädigen wollte. In Wirklichkeit liegt hier eine aberratio ictus vor [54]. Ein solcher "Irrtum" ist aber bedeutungslos. War aber der Geschäftsführer dem tatsächlich Geschädigten gegenüber nicht fürsorgepflichtig, der Schaden also bei einem Dritten eintrat, so begeht er seinem tatsächlichen Geschäftsherrn gegenüber eine ungetreue Geschäftsführung in Form des vollendeten Versuches [55].

3. Der Rechtsirrtum

Während Art. 19 StGB den Irrtum über einzelne Merkmale des Tatbestandes berücksichtigt, hat der Rechtsirrtum die Rechtswidrigkeit der ganzen Tat zum Gegenstand [56]. Der Täter erkennt wohl den Sachverhalt in vollem Umfang und seiner Richtigkeit, er irrt sich jedoch über seine Rechtssituation. Er irrt sich über die Rechtswidrigkeit seiner Handlung [57], er glaubt sich zur Tat berechtigt [58]. Liegt ein Rechtsirrtum

52) Schultz I 184
53) vgl. vorne 102
54) vgl. Schultz I 190, Hafter AT 186
55) vgl. Leipziger Kommentar § 266 N 61
56) Schultz I 186
57) vgl. auch vorne 103 f
58) Hafter AT 188, Schultz I 186 f

vor, so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern oder gar von einer Bestrafung absehen (Art. 20 StGB). Ob der Richter die Strafe lediglich mildern oder von einer Bestrafung Umgang nehmen will, liegt in dessen Ermessen [59].

Art. 20 StGB ist aber nur dann anwendbar, wenn der Täter "aus zureichenden Gründen" angenommen hatte, dass er zur Tat berechtigt sei. Diese Voraussetzung hat nun das Bundesgericht derart einschränkend ausgelegt, dass ein Rechtsirrtum nur noch dann berücksichtigt werden kann, wenn der Irrtum "auf Tatsachen beruht, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch hätte in die Irre führen lassen" [60]. Damit ist Art. 20 StGB bereits dann nicht mehr anwendbar, wenn die Entstehung des Rechtsirrtums auch nur einer Fahrlässigkeit zuzuschreiben ist [61].

---

59) Germann, Taschenausgabe Art. 20, BGE 92 IV 73
60) BGE 99 IV 186, 98 IV 303 mit Verweisen auf frühere Entscheide
61) Schultz, Irrtum 35

§ 9 DIE UNGETREUE GESCHAEFTSFUEHRUNG ALS OFFIZIAL- UND ALS ANTRAGSDELIKT

I. Als Offizialdelikt

1. Der Grundtatbestand (Abs. 1)

Der Grundtatbestand der ungetreuen Geschäftsführung ist, mit einer Strafandrohung von Gefängnis bis zu drei Jahren, ein Offizialdelikt; lediglich auf Antrag strafbar ist sie in der privilegierten Form des Abs. 3.
Im Bestreben, die Strafverfolgungsbehörden zu entlasten, wäre es durchaus denkbar, die einfache ungetreue Geschäftsführung als Antragsdelikt auszugestalten [1]. Demgegenüber müsste aber beim qualifizierten Tatbestand der Charakter des Offizialdeliktes beibehalten werden, zeigt sich doch im Handeln aus Gewinnsucht eine gesteigerte verwerfliche Gesinnung.
Eine solch Lösung müsste jedoch aus praktischen Gründen abgelehnt werden. Die Unterscheidung zwischen Offizial- und Antragsdelikt würde von einem subjekitven Kriterium [2] - der Gewinnsucht - abhangen und ein Entscheid könnte in vielen Fällen erst im Verlaufe des Gerichtsverfahren getroffen werden. Es ist deshalb angezeigt, wenn immer möglich ein objektiv feststellbares Unterscheidungsmerkmal zu wählen, wie es auch in der jetzigen Regelung von Abs. 3 des Art. 159 StGB - Begehung zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen als Antragsdelikt - zu finden ist.

Mit Blick auf die ungetreue Geschäftsführung ist dagegen der Vorschlag von Schultz als zweckmässiger zu bezeichnen, wonach dem Täter Straffreiheit zugesichert werden

---

1) entsprechend eines diesbezüglichen Vorschlages von W. Burkhard, Staatsanwalt in Basel, entnommen aus Schultz ZStrR 88 239 N 40, wonach leichtere Vermögensdelikte bis zu einem zahlenmässig bestimmten Deliktsbetrag als Antragsdelikte zu fassen wären
2) wie etwa in Art. 145 Abs. 2 StGB

könnte, wenn dieser den verursachten Schaden vor der Erhebung einer Strafanzeige wiedergutgemacht hätte [3]. Mit dieser Regelung könnte am Grundsatz des Offizialdeliktes festgehalten werden, was insofern nicht unwesentlich ist, als die ungetreue Geschäftsführung gerade im Bereich der sogenannten Wirtschaftskriminalität häufig anzutreffen ist, wo oft nicht nur Einzelinteressen, sondern die Interessen weitester Kreise geschädigt werden [4]. Zudem liesse sich diese Lösung auch besser mit dem System eines Schuldstrafrechts vereinbaren.

2. Der qualifizierte Tatbestand (Abs. 2)

Wird die ungetreue Geschäftsführung aus Gewinnsucht begangen [5], so ist die Strafe Gefängnis bis zu fünf Jahren und Busse. Der Richter ist demzufolge verpflichtet, nebst der Freiheitsstrafe auch eine Busse auszusprechen, wobei er in Anwendung von Art. 48 Ziff. 1 Abs. 2 StGB nicht an den Höchstbetrag von 40'000 Franken gebunden ist. [5 a]
Das Bundesgericht umschreibt den Begriff der Gewinnsucht als "ein hemmungsloses oder besonders ausgeprägtes, zur Sucht gewordenes Streben nach Gewinn" [6]. An die Gewinnsucht werden demzufolge bedeutend höhere Anforderungen gestellt als an die Bereicherungsabsicht, wird doch vom Täter verlangt, dass er "in besonders intensiver Weise auf geldwerten Vorteil bedacht ist" [7]. Dem Begriff der Gewinnsucht ist es eigen, dass darin ein Streben nach eigenem Vorteil gesehen werden muss [8]. Sie kann sich bereits in einer Einzel-

---

3) Schultz ZStrR 88 239
4) man denke an eine in einer Bank begangene ungetreue Geschäftsführung
5) vgl. BGE 81 IV 276 ff, PKG 1957 73 ff
5 a) In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die revidierten Art. 58 ff StGB (AS 1974 II 1893), in Kraft seit dem 1. Januar 1975, nun dem Richter gestatten, ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Vermögenswerte, die durch eine strafbare Handlung hervorgebracht oder erlangt worden sind, einzuziehen (Art. 58 Abs. 1 StGB); vgl. dazu Schultz, Verwaltungsstrafrecht 17 f
6) BGE 89 IV 17, vgl. 94 IV 100, 96 IV 181 und 98 IV 258
7) BGE 89 IV 17, ebenso Walder 37 und Germann, Taschenausgabe Art. 48
8) Schwander 193, Germann, Taschenausgabe Art. 48 und Vorbem. zu Art. 137 sowie Nager 134; a.M. BGE 94 IV 100

handlung manifestieren [9], doch wird in diesem Fall dieses qualifizierende Tatbestandsmerkmal nur nach spezieller Prüfung und bei Vorliegen von eindeutig erkennbaren Anhaltspunkten bejaht werden können. Der Unterschied zwischen Bereicherungsabsicht und Gewinnsucht ist somit nicht ein quantitativer (einmaliges oder wiederholtes Handeln), sondern ein qualitativer.

II. Als Antragsdelikt (Abs. 3)

1. Begriff des Angehörigen und Familiengenossen

Gleich wie in Art. 137 Ziff. 3, 140 Ziff. 3 und 148 Abs. 3 StGB ist die ungetreue Geschäftsführung nur auf Antrag strafbar, wenn sie zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen begangen wurde.

Was unter diesen Begriffen zu verstehen ist, kann zunächst den Legaldefinitionen in Art. 110 StGB entnommen werden. Gemäss Ziff. 2 gelten als Angehörige einer Person "ihr Ehegatte, ihre Verwandten und halbbürtigen Geschwister, ihre Adoptiveltern und Adoptivkinder". Nicht dazu gehören jedoch die Verschwägerten [10], ebensowenig der geschiedene Ehegatte [11] und das aussereheliche Kind, das nicht freiwillig anerkannt und nicht mit Standesfolge zugesprochen wurde [12].

Als Familiengenossen gelten nach Art. 110 Ziff. 3 StGB jene "Personen, die in gemeinsamem Haushalte leben". Einen gemeinsamen Haushalt führt aber nur, "wer zusammen isst und unter gleichem Dache schläft" [13]. Zudem muss diese Familiengenossenschaft auf einige Dauer angelegt sein [14].

---

9) BGE 94 IV 101, Schwander 193; a.M. Nager 134
10) BGE 74 IV 88
11) RS 1943 Nr. 58 23
12) RS 1949 Nr. 215 71
13) BGE 86 IV 158, Schultz ZbJV 90/1954 465
14) Schultz ZbJV 90/1954 466 f, RS 1943 Nr. 59 23

2. Das relative Antragsdelikt

Im Gegensatz zu den absoluten Antragsdelikten [15], die nur gestützt auf einen Strafantrag verfolgt werden können, ist die ungetreue Geschäftsführung in der Form eines relativen Antragsdeliktes privilegiert, das grundsätzlich von Amtes wegen verfolgt wird, jedoch dann nur auf Antrag, wenn der Betroffene ein Angehöriger oder Familiengenosse des Täters ist [16]. Dieses Angehörigen- oder Familiengenossenverhältnis muss im Zeitpunkt der Tat bestanden haben [17].

Zum Antrag berechtigt ist nach Art. 28 StGB jener, der durch die Tat verletzt worden ist, hier also der verletzte Angehörige oder Familiengenosse. Als Verletzter ist derjenige zu betrachten, "der materiellrechtlich Träger des unmittelbar angegriffenen Rechtsgutes ist" [18], mithin der Träger jener Vermögenswerte [19], für die der Täter als Geschäftsführer hätte sorgen sollen. Somit scheiden vom Kreis der Antragsberechtigten jene aus, die nur mittelbar geschädigt worden sind [20]. Diese Tatsache ist etwa bedeutsam für die Frage, ob eine ungetreue Geschäftsführung, die zum Nachteil einer Familien-Aktiengesellschaft von einem Angehörigen der Aktionäre begangen wird, ebenfalls gemäss Abs. 3 privilegiert ist. Eine solche Lösung ist abzulehnen [21]. Unmittelbar geschädigt ist nur die Aktiengesellschaft als

---

15) vgl. die Art. 138, 141, 142, 143, 145, 147, 149, 150, 151, 160 und 162 StGB bei den Vermögensdelikten
16) vgl. dazu Schultz I 148
17) Ardinay ZStrR 86 263, SJZ 58/1962 92; a.M. Dubs ZStrR 71 70 ff, wonach dieses Verhältnis zur Zeit des Strafverfahrens bestehen müsse
18) BGE 86 IV 82, ebenso Hafter AT 137, Rehberg ZStrR 85 248, Schultz I 128 f mit weiteren Hinweisen auf die Bundesgerichtspraxis
19) vgl. vorne 67 ff
20) Thormann/von Overbeck Art. 28 N 9, Hafter AT 137 N 4, BGE 74 IV 7, 78 IV 214 f
21) Schmid ZStrR 87 257, vgl. auch Seher 72, wo allerdings zu dieser Frage nicht abschliessend Stellung bezogen wird; a.M. Haab 124 f

selbständige Vermögensträgerin [22]. Die an einer solchen Gesellschaft beteiligten Familienangehörigen dagegen sind nur mittelbar betroffen.

---

22) vgl. vorne 69

§ 10 DIE VERJAEHRUNG

Die ungetreue Geschäftsführung, mit Gefängnis als Höchststrafe bedroht, ist ein Vergehen (Art. 9 Abs. 2 StGB). Für diese Art von Delikten sieht Art. 70 StGB für die Strafverfolgung eine Verjährungsfrist von fünf Jahren vor; ruht die Frist oder wird sie unterbrochen (Art. 72 StGB), so läuft sie spätestens nach siebeneinhalb Jahren ab.

Die Frist beginnt (Art. 71 Abs. 2 StGB) mit dem Tag, an dem die Tat ausgeführt wird, wobei allerdings der erste Tag, in Uebereinstimmung mit dem übrigen Bundesrecht, nicht mitgezählt wird [1]. Oft dürfte die ungetreue Geschäftsführung als fortgesetztes Delikt begangen werden. Das fortgesetzte Delikt zeichnet sich dadurch aus, dass "eine Mehrzahl gleichartiger oder ähnlicher, gegen dasselbe Rechtsgut gerichtete Handlungen auf denselben Willensentschluss" zurückzuführen sind [2]. Hier beginnt die Verjährungsfrist an jenem Tage, an dem die letzte Tätigkeit ausgeführt worden ist (Art. 71 Abs. 3 und 4 StGB). Wird das Delikt durch Unterlassung begangen [3], beginnt die Frist an jenem Tage, "an welchem oder bis zu welchem der Täter hätte handeln sollen" [4].

---

1) BGE 97 IV 238, Schultz I 195
2) Schultz, Konkurrenz 11
3) vorne 72 ff
4) Schultz I 195, vgl. auch Schwander 220

§ 11 TAETERSCHAFT UND TEILNAHME

I. Einleitung

Bei der Mitwirkung Mehrerer an einer Straftat werden verschiedene Beteiligungsformen unterschieden, hauptsächlich:

1. die mittelbare Täterschaft, wenn der eigentliche (mittelbare) Täter seine Tat ganz oder teilweise durch eine andere Person, den sogenannten Tatmittler, der zumindest nicht vorsätzlich handelt, ausführen lässt;
2. die Mittäterschaft, bei der "mehrere bewusst und in gleicher Verantwortung an einer strafbaren Handlung" mitwirken; [1)]
3. Anstiftung, die vorsätzliche Bestimmung eines anderen zu einem Vergehen oder Verbrechen (Art. 24 StGB);
4. Gehilfenschaft, die vorsätzliche Hilfeleistung zu einem Vergehen oder Verbrechen (Art. 25 StGB). [2)]

Während die beiden letzten Formen, Anstiftung und Gehilfenschaft, unter dem Begriff der Teilnahme im StGB selbst geregelt sind, so sind jene der mittelbaren Täterschaft und der Mittäterschaft durch Lehre und Praxis entwickelt worden [3)].

Bei der Behandlung der verschiedenen Beteiligungsformen ist im Zusammenhang mit Art. 159 StGB als echtem Sonderdelikt [4)] insbesondere die Frage von Interesse, wie Aussenstehende, die die erforderlichen Sondereigenschaften des Geschäftsführers nicht erfüllen, zu beurteilen sind.

---

1) Schultz I 227
2) vgl. Schultz I 222 f, ZStrR 71 256 ff, ferner Schwander 122 ff, Hafter AT 218 ff, Germann, Verbrechen 77 ff und 196 ff u.a.
3) vgl. Schultz I 222, Schwander 123
4) echt deshalb, weil der Tatbestand einzig durch einen Täter mit den erforderlichen Sondereigenschaften erfüllt werden kann, im Gegensatz zum unechten, bei dem die Sondereigenschaften einen Qualifizierungs- oder Privilegierungsgrund darstellen, so in Art. 116, 140 Ziff. 2, 317 StGB; vgl. dazu Schwander 138

II. Mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft

1. Mittelbare Täterschaft

In der Regel ist davon auszugehen, dass der Täter sämtliche Erfordernisse einer strafbaren Handlung selbständig erfüllt. Er ist der direkte Täter. Demgegenüber benutzt der mittelbare Täter einen Tatmittler zur Erfüllung der objektiven Tatbestandsmerkmale, während sämtliche subjektive Merkmale beim mittelbaren Täter selbst gegeben sein müssen. Entscheidend ist aber, dass der Tatmittler selbst nicht vorsätzlich handelt, sei es, dass er sich in einem Irrtum befindet, unzurechnungsfähig ist oder dass er unter Zwang steht [5].

Da die ungetreue Geschäftsführung ein Sonderdelikt ist [6], kann nur jener Täter sein, der als Geschäftsführer für fremdes Vermögen zu sorgen verpflichtet ist. Begeht nun ein Geschäftsführer eine ungetreue Geschäftsführung, indem er die vermögensschädigende Handlung durch einen untergeordneten Angestellten, der etwa infolge eines Irrtums die schädigenden Auswirkungen nicht zu erkennen vermag, ausführen lässt, so ist der Geschäftsführer strafbar wie ein direkter Täter. Der Tatmittler bleibt mangels Vorsatz straffrei [7].

Probleme ergeben sich, wenn der mittelbare Täter ein Aussenseiter ist und die Vermögensschädigung durch einen Geschäftsführer, der sich in einem Irrtum befindet, ausführen lässt. Ist nun dieser Aussenstehende trotz mangelnder Geschäftsführerqualität wegen ungetreuer Geschäftsführung strafbar? Das Bundesgericht verneint die Straffähigkeit des aussenstehenden mittelbaren Täters, eben weil der Täter nicht in dieser Sonderstellung steht [8]. Demgegenüber

---

5) Schultz I 226
6) vgl. vorne 27 f
7) Schultz I 226, Hafter AT 221
8) BGE 71 IV 136 f, Schwander 139 und Schnyder 106 ff; ebenso Schönke-Schröder § 266 N 51 und Maurach BT 347

halten Schultz und Hafter dafür, dass auch dieser mittelbare Täter strafbar sein sollte, wenn auch mit der Möglichkeit einer Strafmilderung wegen der fehlenden Sondereigenschaft [9]. Dann aber müsste dem mittelbaren Täter die Fürsorgepflicht des Tatmittlers bekannt gewesen sein, damit die subjektiven Voraussetzungen bei ihm erfüllt wären [10]. Der Tatmittler bliebe auch bei dieser zweiten Lösung trotz seiner Geschäftsführerqualität straffrei, da ihm der erforderliche Vorsatz fehlte, selbst dann, wenn er die schädigende Auswirkung wegen eigener Fahrlässigkeit nicht erkannte, da Art. 159 StGB fahrlässig nicht begangen werden kann [11].

Vom Standpunkt unseres Schuldstrafrechts aus gesehen müsste dieser zweiten Lösung der Vorzug gegeben werden. In bezug auf die ungetreue Geschäftsführung würde damit allerdings der notwendigerweise enge Täterkreis durchbrochen. Dies liesse sich jedoch verantworten. Art. 159 StGB schützt ja das Vermögen des Geschäftsherrn und nicht etwa ein persönliches Vertrauensverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer [12]. Da der Aussenstehende um die Fürsorgepflicht des Geschäftsführers wissen muss, setzt er sich, indem er diesen als Tatmittler, als Werkzeug benutzt, gleichsam in die Verantwortungsposition des Geschäftsführers.

2. Mittäterschaft

"Mittäterschaft liegt vor, wenn jemand bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Deliktes vorsätzlich und in massgeblicher Weise mit einem anderen Täter zusammenwirkt" [13]. Damit folgt das Bundesgericht der subjektiven Theorie, wonach ein Mittäter nicht notwendigerweise an einer Ausführungshandlung teilnehmen muss, sondern durchaus im Hintergrund

---

9) Schultz I 226 f, Hafter AT 221
10) vgl. vorne 102
11) vgl. Schultz I 226
12) vgl. vorne 20 ff und 39 f
13) BGE 98 IV 259; vgl. Schwander 126, Schultz I 227 f, Hafter AT 222 f

bleiben kann [14]. Mittäter ist aber, dies zur Unterscheidung von der Gehilfenschaft, nur jener, der mit den andern die Tatherrschaft besitzt, also über Art und Ablauf der Tat entscheidend mitbestimmen kann [15].

Was die Mittäterschaft an einem Sonderdelikt betrifft, so verneint auch hier die herrschende Lehre, dass ein Aussenstehender Mittäter sein könne. Wegen der fehlenden Geschäftsführerqualität könne ein Aussenstehender lediglich Gehilfe sein [16].

Sicher kann der Aussenstehende nicht einerseits als mittelbarer Täter, einem direkten Täter gleich, für strafbar erklärt werden, während andererseits der Mittäter lediglich als Gehilfe strafbar sein soll [17]. Es ist mit Schultz festzuhalten, dass auch derjenige, der in Zusammenarbeit mit einem Täter mit entsprechender Sondereigenschaft ein Sonderdelikt begeht, als Mittäter wie ein direkter Täter bestraft werden sollte, wobei er aber dessen Sondereigenschaften gekannt haben muss. Beim aussenstehenden Mittäter wäre dann allerdings, gleich wie beim mittelbaren Täter, die fehlende Sondereigenschaft durch eine fakultative Strafmilderung zu berücksichtigen [18].

---

14) BGE 85 IV 133 f, 88 IV 54, 96 IV 169; vgl. dazu Schultz I 227 f
15) Schultz I 228
16) so Hafter AT 225, Schwander 139, Schnyder 147 ff, Walder 38 f
17) so Hafter AT 221 und 225; dem Prinzip der Gleichbehandlung stimmt auch Schnyder 142 zu, wenn auch im negativen Sinne
18) Schultz I 229

III. Anstiftung und Gehilfenschaft

1. Anstiftung

Als Anstifter ist strafbar, wer vorsätzlich auf einen Andern einwirkt, ein Verbrechen oder Vergehen zu begehen [19]. Der Grund der Strafbarkeit liegt darin, dass der Anstifter in einer anderen Person einen deliktischen Willen hervorruft, ihn zu einem Delinquenten werden lässt [20]; anderer Meinung ist neuerdings das Bundesgericht, nach dem die Bestrafung des Anstifters dadurch gerechtfertigt ist, dass sich in der Anstiftung ein eigenständiger deliktischer Wille des Anstifters offenbart, der auf die Verwirklichung der Tat zielt [21]

Zur Strafbarkeit genügt es, wenn der Angestiftete die Tat ausgeführt hat, unabhängig davon, ob sie lediglich versucht oder vollendet wird. Erforderlich ist, dass die Haupttat rechtswidrig ist, nicht aber, dass der Angestiftete strafbar sein muss [22]. Ebenso ist die versuchte Anstiftung strafbar, allerdings nur bei einem Verbrechen (Art. 24 Abs. 2 StGB), zu einem Delikt also, das mit Zuchthaus bedroht ist (Art. 9 Abs. 1 StGB). Entscheidend ist die Regelstrafdrohung, nicht die gegen den Täter konkret ausgesprochene Strafe [23]. Ein Anstiftungsversuch zu einer ungetreuen Geschäftsführung ist demnach nicht strafbar.

Eine Anstiftung kann nicht fahrlässig begangen werden. Andererseits muss der Haupttäter vorsätzlich gehandelt haben, ansonsten mittelbare Täterschaft vorliegen würde [24].

Ist ein Täter bereits zu einer Tat bereit, so ist Anstiftung nur dann ausgeschlossen, wenn der Täter auch ohne Aufforderung

---

19) vgl. dazu Germann, Verbrechen 198 ff, Schultz I 232 ff, Hafter AT 226 ff, Schwander 130 ff; vgl. auch hinten 141 ff
20) vgl. Schultz I 233, Schwander 131, Trechsel 32
21) BGE 100 IV 3 f
22) Schultz I 233 f und 239, Germann, Verbrechen 198 f, vgl. auch Trechsel 32 N 6 mit Literaturverweisen
23) BGE 81 IV 146, vgl. Hafter AT 228 f
24) Schultz I 233, Hafter AT 226, Germann, Verbrechen 198, vgl. vorne 115

des Anstifters zur Ausführung der Tat entschlossen gewesen wäre [25]. Ist diese Entschlossenheit aber gegeben, so sieht Schultz darin, entgegen der Ansicht des Bundesgerichtes [26], einen untauglichen Versuch [27]. Bestärkt jedoch der Anstifter den zur Tat bereits entschlossenen Täter, so kann allenfalls psychische Gehilfenschaft gegeben sein [28].
Beschränkt sich ein Anstifter nicht nur auf die Anstiftungshandlung, sondern beteiligt er sich auch noch an der Durchführung der Tat, so kann eine Entscheidung, ob Anstiftung oder Mittäterschaft vorliege, recht schwierig sein. Massgeblich ist aber nicht so sehr die Beteiligung an der Ausführung der Tat, so das Bundesgericht, sondern vielmehr das Mass des schuldhaften Willens [29]. Wird auch Mittäterschaft bejaht, so geht die Anstiftung darin auf [30].

2. Gehilfenschaft

Ler Gehilfenschaft zu einem Vergehen oder Verbrechen macht sich schuldig, wer einem anderen bei der Begehung eines Deliktes vorsätzlich Hilfe leistet, sei diese Hilfe nun physischer (sachlicher) oder psychischer (Beeinflussung der inneren Haltung des Täters) Natur [31]. Die Strafbarkeit der Gehilfenschaft setzt voraus, dass die Haupttat zumindest versucht ist, wodurch die Gehilfenschaft vollendet wird [32]. Dagegen ist die versuchte Gehilfenschaft nicht strafbar. Dies ergibt sich aus der Gegenüberstellung zur versuchten Anstiftung, die nur bei einem Verbrechen strafbar ist und, nach der Strafdrohung zu schliessen, als schwerere Teilnahmeform als die Gehilfenschaft zu bezeichnen ist [33].
Zur Unterscheidung von der Mittäterschaft ist vor allem

---

25) BGE 93 IV 56 f, vgl. Schwander 132
26) BGE 72 IV 100
27) Schultz I 234, ebenso Germann, Verbrechen 198
28) Germann, Verbrechen 198, vgl. aber Schultz, Teilnahme 18
29) BGE 88 IV 25 f, vgl. Schultz I 235
30) BGE 100 IV 3 ff
31) vgl. dazu Schultz I 236 ff, Hafter AT 231 ff, Schwander 133 ff, Thormann/von Overbeck Art. 25
32) BGE 74 IV 133, Schultz I 237
33) RS 1949 Nr. 296 98, Schultz I 238, Nager 127

darauf abzustellen, dass der Gehilfe lediglich unterstützend mitwirkt und er sich dem Willen des Haupttäters unterordnet [34].

3. Bei einem Sonderdelikt

Fast einhellig wird heute die Ansicht vertreten, dass sowohl der Anstifter wie der Gehilfe zu einem echten Sonderdelikt strafbar ist [35], da die Sondereigenschaft, die dem Anstifter oder Gehilfen fehlt, als strafbegründendes persönliches Merkmal des Haupttäters zu betrachten ist, dessen Fehlen jedoch beim Anstifter oder Gehilfen nach dem Wortlaut des Art. 26 StGB nicht berücksichtigt werden kann [36]. Die Teilnahme an einem unechten Sonderdelikt wirft dagegen bedeutend grössere Probleme auf, was aber im Zusammenhang mit der ungetreuen Geschäftsführung nicht von Bedeutung ist [37].

---

34) vgl. Hafter AT 232 f, Schultz I 238, Schwander 126 f
35) Schultz I 239, Hafter AT 230 und 234 f, Schwander 139, Thormann/von Overbeck Art. 26 N 1, Schnyder 192 und 202, Walder 39; ebenso Trechsel 67 bezüglich des Anstifters, verneint jedoch, 112, die Strafbarkeit des Gehilfen
36) vgl. Schultz I 229
37) vgl. etwa BGE 95 IV 115 ff, Schultz ZbJV 106/1970 334 f, Germann ZStrR 54 373 f

§ 12 DER VERSUCH

I. Die Vollendung

Vollendet ist ein Delikt mit Erfüllung sämtlicher objektiver und subjektiver Tatbestandsmerkmalen. Soll aber Versuch angenommen werden können, so dürfen lediglich objektive Tatbestandsmerkmale fehlen. Der Umfang der erfüllten objektiven Merkmale entscheidet lediglich über vollendeten oder unvollendeten Versuch. Die subjektiven Merkmale dagegen müssen vollumfänglich vorliegen, andernfalls ein Täter auch nicht wegen Versuchs bestraft werden könnte [1].

Ein wesentliches Erfordernis zur Vollendung einer ungetreuen Geschäftsführung ist der Eintritt eines Vermögensschadens [2], der aber auch erst nach Auflösung des Geschäftsführungsverhältnisses eintreten kann [3]. Bleibt dagegen der Vermögensschaden überhaupt aus, so kann allenfalls Versuch gegeben sein [4].

II. Die verschiedenen Versuchsarten

1. Unvollendeter Versuch

Hat der Täter mit der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens begonnen, die strafbare Tätigkeit aber nicht zu Ende geführt, so liegt ein unvollendeter Versuch vor (Art. 21 StGB). Entscheidend ist, dass er nicht alle objektiven Tatbestandsmerkmale, die er selber ausführen muss [5], erfüllt hat, ansonsten allenfalls vollendeter Versuch gegeben wäre. Problematischer ist aber die Frage, wann der Täter mit der Ausführung des Deliktes begonnen hat und was noch als straflose Vorbereitungshandlung betrachtet werden kann.

---

1) Schultz I 212
2) Graven SJK 11, Hafter I 321
3) vgl. Hafter I 321, Graven SJK 8, Walder 28
4) vgl. dazu vorne 91 f
5) Schultz I 209

Nach ständiger Rechtssprechung des Bundesgerichtes wird das Gebiet der straflosen Vorbereitung mit jener Tätigkeit verlassen, "welche nach dem Plan, den sich der Täter gemacht hat, auf dem Weg zum Erfolg den letzten entscheidenden Schritt darstellt, von dem in der Regel nicht mehr zurückgetreten wird, es sei denn wegen äusserer Umstände, die eine Weiterverfolgung der Absicht erschweren oder verunmöglichen" [6]. Damit vertritt das Bundesgericht die subjektive Versuchstheorie, wonach auf die innere Einstellung des Täters, die durch äussere Handlungen manifest sein muss, zur Tatsituation abgestellt wird [7]; dagegen braucht der Täter noch keine objektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt zu haben, wie dies in der formell-objektiven Tatbestandstheorie verlangt wird [8].

In Absatz 2 von Art. 21 StGB wird festgehalten, dass der Richter von einer Strafe Umgang nehmen kann, wenn der Täter aus eigenem Antrieb die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende führt. Ein Rücktritt ist aber dann nicht mehr relevant, wenn er nicht freiwillig erfolgte, wenn der Täter durch äussere Umstände gezwungen auf die Vollendung der Tat verzichten musste [9]. Aus welchen Motiven der Rücktritt erfolgte, ist für die Gewährung der Straffreiheit bedeutsam. Bei der Prüfung der Freiwilligkeit sind sie dagegen unbeachtlich [10].

Unvollendeter Versuch einer ungetreuen Geschäftsführung wäre etwa denkbar, wenn ein Geschäftsführer in einem Inserat Vermögenswerte, für den Geschäftsherrn zu ungünstigen Bedingungen, zum Verkauf offeriert, der Geschäftsherr jedoch einzugreifen vermag, bevor es zur Veräusserung kommt [11].

---

6) BGE 87 IV 155, ferner 83 IV 144 f, 80 IV 178 u.a.; vgl. dazu Schultz I 213 ff
7) vgl. Schultz I 214 ff, Germann,Verbrechen 191 f, Hafter AT 203
8) vgl. dazu Schwander 113 f
9) BGE 83 IV 1 f, vgl. Schultz I 217, Germann, Verbrechen 193, Schwander 119, Hafter AT 208 f
10) Schultz I 217, Hafter AT 209, BGE 83 IV 2
11) Beispiel von Walder 40

2. Vollendeter Versuch

Ein Geschäftsführer beauftragt eine Bank, Wertpapiere des Geschäftsherrn zu einem zu niedrigen Wert zu verkaufen. Die Bank führt aber nach Rücksprache mit dem Geschäftsherrn den Auftrag nicht aus und verhindert somit den Eintritt eines Vermögensschadens. Hier liegt ein vollendeter Versuch vor (Art. 22 StGB). Der Geschäftsführer hat alles getan, was nach seiner Vorstellung nötig war, um die Tat zu begehen. Er hat sämtliche subjektive und objektive Tatbestandsmerkmale erfüllt, welche er zur Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes selber ausführen musste; lediglich der Erfolg, der Schadenseintritt ist ausgeblieben und zwar aus einem Grund, der durch den Willen des Täters nicht beeinflussbar war [12].

Hatte der Täter aus eigenem Antrieb, ohne Zwang durch äussere Umstände [13], den Erfolgseintritt verhindert oder zur Verhinderung beigetragen, so ist tätige Reue anzunehmen, die durch die Strafmilderung nach freiem Ermessen des Richters berücksichtigt werden kann (Art. 22 Abs. 2 StGB). Dies wäre im obigen Beispiel dann gegeben, wenn die Bank ohne Rückfrage zur Auftragserfüllung bereit gewesen wäre, der Geschäftsführer aber den Auftrag noch vor seiner Ausführung widerrufen hätte. Das Delikt wäre vollendet worden, wenn der Widerruf den Schadenseintritt nicht verhindert hätte.

3. Untauglicher Versuch

Untauglicher Versuch liegt dann vor, wenn die Tat so, wie sie der Täter sich vorgestellt hatte [14], überhaupt nicht ausführbar war, sei es, dass das Mittel, womit die Tat hätte ausgeführt werden sollen, sei es, dass der Gegenstand, an dem der Täter die Tat auszuführen versuchte, untauglich war (Art. 23 StGB).

Untauglicher Gegenstand einer ungetreuen Geschäftsführung

---

12) vgl. Schultz I 209 und 218, Hafter AT 210
13) Schultz I 218
14) vgl. Schultz I 219 ff, Germann, Verbrechen 63 und 195

wären Vermögensstücke, die der Geschäftsführer in Schädigungsabsicht wohl veräusserte, diese aber nicht der Fürsorgepflicht unterstanden, wie dies der Geschäftsführer annahm [15]. Untaugliches Mittel läge etwa dann vor, wenn der Geschäftsführer Namensaktien des Geschäftsherrn, um diesen zu schädigen, lediglich durch Tradition übertragen wollte [16].

Zu bemerken ist noch, dass lediglich bei einem untauglichen Versuch aus Unverstand der Richter von einer Bestrafung Umgang nehmen kann (Art. 23 Abs. 2 StGB), während im Normalfall (Absatz 1) der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern kann. Der Unverstand setzt "eine Untauglichkeit, welche von jedem normal denkenden Menschen ohne weiteres erkannt werden kann", voraus [17].

---

15) vgl. dazu BGE 90 IV 194
16) zur Schädigung durch zivilrechtlich ungültige Handlungen, vgl. vorne 84 f
17) BGE 70 IV 50

§ 13 DIE ANNAHME VON SCHMIERGELDERN ALS ANWENDUNGSFALL DER UNGETREUEN GESCHAEFTSFUEHRUNG

I. Einleitung

Aus der Tatsache, dass der Geschäftsführer für die Interessen seines Geschäftsherrn tätig sein muss, folgt, dass er alle erhaltenen Zuwendungen auch im Interesse des Geschäftsherrn zu verwenden hat, sofern er diese Zuwendungen im Zusammenhang mit dieser Geschäftsführung von Dritten erlangt hat. Nebst den aus der Geschäftsführung direkt hervorgegangenen Erlösen, wie etwa dem Verkaufserlös, interessieren hier vor allem jene Zuwendungen, die der Geschäftsführer zusätzlich und persönlich erlangt. Für solche Zuwendungen werden verschiedene Bezeichnungen verwendet, so etwa Trinkgeld, Provision, Gratifikation oder auch - worin bereits eine moralische Wertung zum Ausdruck kommt - Schmiergeld. Im Folgenden wird zu prüfen sein, wann solche Zuwendungen als Schmiergelder bezeichnet werden können und vor allem, ob und inwieweit die Annahme solcher Zuwendungen den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung erfüllen.
Der Einsatz von Schmiergeldern im Geschäftsverkehr ist in unserer Gesellschafts- und Rechtsordnung verpönt. Feststellbar sind aber auch andere Formen von Zuwendungen, die, selbst wenn sie nicht als Schmiergelder bezeichnet werden, nicht zum vorneherein als rechtlich oder moralisch zulässig bezeichnet werden können. Das Schmiergeld als "Absatzförderungsmittel" ist wohl eine alte und dauernde Erscheinung.[1] Nur die Publizität um solche "Fälle" ist und war im Verlaufe der Zeit unterschiedlich gross.

---

1) vgl. Hirzel 13 ff; hingewiesen sei auf einen neuesten Fall, den weltweiten Lockheed-Skandal.

II. Die Arten von Zuwendungen

Im Vordergrund steht das eigentliche Schmiergeld. Hirzel umschreibt in seiner Dissertation über das Schmiergeldunwesen das Schmiergeld als "heimliche Zuwendung für unlauteres Verhalten (des Geschäftsführers) gegenüber dem Vertretenen". [2] Er präzisiert diesen Begriff als eine Zuwendung im Geschäftsverkehr zur Beeinflussung des zukünftigen Verhaltens des Empfängers.[3] Wird jedoch die Zuwendung für ein vergangenes Verhalten entrichtet, so kann diese nicht mehr als Schmiergeld bezeichnet werden, da die mit dem Schmiergeld beabsichtigten negativen Wirkungen - ein gegen die Interessen des Geschäftsherrn gerichtetes Handeln des Geschäftsführers [4] - nicht mehr erreicht werden können. Diese nachträgliche Zuwendung ist als eine Art Belohnung zu bezeichnen.[4a]

Der verwerfliche Charakter des Schmiergeldes zeigt sich in seinen Wirkungen. Durch das Schmiergeld wird die auf den Geschäftsherrn ausgerichtete Interessenlage gestört, die Interessen des Geschäftsführers selbst treten in den Vordergrund; der Geschäftsführer handelt gegen den Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr [5] und zerstört damit das "Vertrauen auf wirtschaftsgerechtes Verhalten".[6] Neben diesen Auswirkungen moralischer Art zeigt sich beim Geschäftsherrn infolge einer Schmiergeldzahlung meist auch einen Schaden vermögensrechtlicher Natur. [6a]

---

2) Hirzel 35
3) Hirzel 31 f
4) Hirzel 32 f
4a) auch beim Tatbestand der Bestechung (Art. 288/315 StGB) und der Annahme von Geschenken (Art. 316 StGB) wird nur die Zuwendung im Hinblick auf eine zukünftige Handlung erfasst: vgl. hinten 144 ff. Hingegen kann eine nachträgliche zuwendung unter Umständen beamtenrechtlich unzulässig sein, vgl. hinten 146
5) Hirzel 33 und 17 f
6) Zirpins, Kriminalistik 1967 579, zitiert nach Rimann 23 N 3
6a) vgl.. Hirzel 18 f; diese zweite Art von Auswirkungen ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 159 StGB.

Diese Wirkungen rechtfertigen es, dass die Verwendung von Schmiergeldern unter bestimmten Voraussetzungen als strafwürdiges Verhalten beurteilt wird.[7]
Das Schmiergeld muss begrifflich nicht notwendigerweise als vermögensrechtlicher Vorteil in Erscheinung treten; es kann auch einen ideellen Vorteil darstellen.[8]
Zuwendungen erhalten dann Schmiergeldcharakter, wenn sie dem Geschäftsführer bereits vor oder während den Verhandlungen gegeben werden, mit der Absicht, den Geschäftsführer zu einem Verhalten zu bewegen, das gegen die Interessen des Geschäftsherrn gerichtet ist. Dem tatsächlichen Auszahlen eines Schmiergeldes ist ein Schmiergeldversprechen gleichzustellen. Wird das Schmiergeld während den Verhandlungen in Aussicht gestellt, so kann dadurch der Geschäftsführer ebenfalls zuungunsten des Geschäftsherrn beeinflusst werden. Selbst wenn das Schmiergeld erst nachträglich ausbezahlt wird, sind die Auswirkungen des Schmiergeldversprechens die gleichen, wenn vielleicht auch weniger intensiv, wie wenn das Schmiergeld sogleich ausbezahlt wird.
Keinen Schmiergeldcharakter haben dagegen jene Zuwendungen, die erst nach vollzogenem Geschäftsabschluss entrichtet oder angekündigt werden. Solche Zuwendungen können keinen Einfluss mehr auf die Art der Geschäftsführung zeitigen.

Zuwendungen, die kein pflichtwidriges oder unlauteres Verhalten des Geschäftsführers anstreben, können ebenfalls nicht als Schmiergelder bezeichnet werden. Wird einem Geschäftsführer gerade für ein pflichtgemässes Handeln eine

---

7) vgl. auch Germann, Wettbewerb 263 f
8) vgl. Hirzel 36 ff, von Büren, Kommentar 153, Rosenthal § 12 N 13; auch wenn das Schmiergeld einen ideellen Vorteil darstellt, so muss diese Zuwendung eine Vermögensschädigung des Geschäftsherrn bewirken, damit Art. 159 StGB anwendbar ist; vgl. hinten 135 ff

Zuwendungen in Aussicht gestellt, etwa mit dem Wunsch um eine beförderliche Behandlung der Angelegenheit, so kann darin kein Verstoss gegen Treu und Glauben gesehen werden, solange wenigstens Dritte dadurch nicht benachteiligt werden.[9] Solche Zuwendungen werden oft als Tringeld, Provision oder Gratifikation bezeichnet.[10]
Schliesslich können vernünftigerweise auch jene Zuwendungen nicht als Schmiergelder bezeichnet werden, die üblicherweise als eigentliche Trinkgelder gegeben werden und auch keinen übermässigen Wert darstellen.[11]
Wie noch zu zeigen sein wird, wird die Unterscheidung zwischen Zuwendungen mit Schmiergeldcharakter und nachträglichen Zuwendungen von Bedeutung sein für die Frage, ob die Annahme einer Zuwendung den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung erfülle. Bis jetzt haben wir auch vorwiegend von Schmiergeldern gesprochen, die im Geschäftsverkehr entrichtet werden.[12] Aber gerade im Zusammenhang mit Art. 159 StGB, der sowohl rechtsgeschäftliches wie auch tatsächliches Handeln erfasst,[13] müssen auch jene Zuwendungen in Betracht gezogen werden, die auf die tatsächliche, interne Geschäftsführung Bezug nehmen.

III. Die zivilrechtliche Beurteilung der Zuwendungen

Bevor der strafrechtliche Aspekt der Sondervorteile betrachtet werden kann, ist auf die zivilrechtliche Beurteilung dieser Zuwendungen einzutreten.[14] Es ist aber zu berücksichtigen,

---

9) Hirzel 33 f, wo darauf hingewiesen wird, dass dieser Sachverhalt bei der Beamtenbestechung anders beurteilt werden muss
10) vgl. Hirzel 36
11) Oser-Schönenberger Art. 400 N 7, vgl. Hirzel 36, SJZ 50/1954 228; solche Zuwendungen sind selbst im Beamtenrecht des Bundes vom Annahmeverbot von Geschenken ausgenommen: Art. 20 Abs. 2 der Beamtenordnung (1) vom 10. November 1959 - SR 172.221.101
12) vgl. Hirzel 31 f
13) vorne 71 ff
14) zur Regelung in Deutschland, vgl. Kraft JuS 1963 473 ff

dass immer nur jene Zuwendungen zur Diskussion stehen, die ein Geschäftsführer im Zusammenhang mit dem Tätigwerden für die Interessen des Geschäftsherrn, also bei seiner Geschäftsführung erlangt.

1. Der Zuwendungen allgemein

Im Folgenden ist zu untersuchen, wie nach den gesetzlichen Bestimmungen diese Zuwendungen zu beurteilen sind. Unberücksichtigt bleibt, dass in vertraglichen Absprachen eine vom Gesetz abweichende Regelung getroffen werden kann.
Wir haben bereits darauf hingewiesen, dass der Auftrag als typisches Geschäftsführungsverhältnis und als Grundlage aller Geschäftsführungsverhältnisse zu bezeichnen ist.[15] Deshalb sollen zunächst die Bestimmungen des Auftragsrechts betrachtet werden.
Nach Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte "dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes", womit dem Beauftragten untersagt ist, bei der Ausführung des Auftrages eigene Interessen zu verfolgen, den eigenen Vorteil zu suchen.[16] Eng mit diesem Verbot hängt Art. 400 OR zusammen, wonach der Beauftragte alles, was ihm infolge seiner Geschäftsführung aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, dem Auftraggeber abzuliefern hat. Dem Auftraggeber steht es somit zu, von seinem Beauftragten Sondervorteile und Schmiergelder auch dann herauszuverlangen, wenn der Dritte diese dem Beauftragten persönlich übergeben hatte.[17] Trinkgelder im eigentlichen Sinn des Wortes dagegen müssen von dieser Herausgabepflicht ausgenommen werden.[18] Herauszugeben sind die Vorteile, sofern

---

15) vorne 34, vgl. SJZ 50/1954 228
16) vgl. Gautschi Art. 398 N 3, Oser-Schönenberger Art. 398 N 4, Becker Art. 398 N 7 f, Guhl 432
17) so Becker Art. 400 N 6, Hirzel 85 ff, vgl. dazu Kraft JuS 1963 474, SJZ 50/1954 228; einschränkend auf übermässige Zuwendungen: Oser-Schönenberger Art. 400 N 7
18) so Oser-Schönenberger Art. 400 N 7; a.M. Hirzel 87 f

sie im Zusammenhang mit der Geschäftsführungstätigkeit stehen, auch dann, wenn sie erst nach abgeschlossener Geschäftsführung erlangt werden. Denn diese zivilrechtliche Ablieferungspflicht ist, wie Becker zutreffend ausführt, eine vertragliche und nicht eine deliktische.[19)]
Diese Regelung der Ablieferungspflicht im Auftragsrecht findet sich auch bei den Bestimmungen über die Geschäftsführung im Recht der einfachen Gesellschaft wieder. Nach Art. 532 OR ist jeder Gewinn, der seiner Natur nach der Gesellschaft zukommt, mit den andern Gesellschaftern zu teilen. Was seiner Natur nach der Gesellschaft zukommt, ist aufgrund des Gesellschaftszweckes zu bestimmen.[20)] Alle Vorteile, die bei dieser Zweckverwirklichung einem Geschäftsführer zugekommen sind, sind an die Gesellschaft weiterzuleiten. Dazu gehören auch hier sämtliche Sondervorteile, wie Provisionen und Schmiergelder.[21)] In diese Richtung weist letztlich auch das in Art. 536 OR festgelegte Konkurrenzverbot. Der Gesellschafter, der bei Gesellschaftsgeschäften Zuwendungen zu seinen eigenen Gunsten entgegennimmt, beeinträchtigt dadurch die Verwirklichung des Gesellschaftszweckes;[22)] die Verletzung dieses Konkurrenzverbotes führt zur Schadensersatzpflicht, die auch durch Herausgabe des erreichten Gewinnvorteiles nach Art. 532 OR erfüllt werden kann.[23)]
Auf das Innenverhältnis der Gesellschafter bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft sind subsidiär die Bestimmungen der einfachen Gesellschaft anwendbar (Art. 557 und 598 Abs. 2 OR). Da weder bei der Kollektiv- noch bei der Kommanditgesellschaft die Herausgabepflicht abweichend geregelt ist, gilt das bei der einfachen Gesellschaft Ausgeführte

---

19) Becker Art. 532 N 4, so auch Hirzel 87
20) Funk Art. 532 N 2
21) Becker Art. 532 N 4, Funk Art. 532 N 2, Siegwart Art. 532 N 4
22) vgl. Becker Art. 536 N 4
23) so Funk Art. 536 N 1

auch für diese beiden Gesellschaftsformen. Zudem ist das im Verhältnis zu jenem der einfachen Gesellschaft noch stärkere Konkurrenzverbot des Kollektivgesellschafters (Art. 561 OR) - das auch für den geschäftsführenden Komplementär der Kommanditgesellschaft vollumfänglich gilt [24] - zu beachten, wonach der Gesellschafter im Bereich des Geschäftszweiges weder für eigene noch für fremde Rechnung Geschäfte tätigen darf.[25]

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sowohl im Auftragsrecht wie auch im Recht der Personengesellschaften der Geschäftsführer verpflichtet ist, sämtliche Zuwendungen, auch die persönlich empfangenen, die er im Zusammenhang mit der Geschäftsführung erhalten hat, dem Auftraggeber respektive der Gesellschaft herauszugeben. Vorbehalten bleiben lediglich abweichende vertragliche Vereinbarungen.

Das Verbot, im Bereich der Geschäftsführung einen persönlichen Vorteil zu verfolgen, ist letztlich ein Ausfluss der Treuepflicht der Gesellschafter,[26] einer Pflicht, die den Personengesellschaften wesensgemäss innewohnt.[27]. Dementsprechend handle, so Benz, ein Geschäftsführer gegen seine Treuepflicht, wenn er sich für eine gesellschaftliche Leistung eine Vergütung versprechen lasse und diese vor seinen Mitgesellschaftern verheimliche, zumal er diese Vergütung nur in seiner Eigenschaft als Gesellschafter habe erlangen können.[28]

Eine solche Treuepflicht gilt aber auch für die Mitglieder der Verwaltung einer Aktiengesellschaft (Art. 722 OR),[29] ebenso für jene der Genossenschaft (Art. 902 OR).[30]

---

24) vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser 157
25) vgl. Funk Art. 561 N 1, Meier-Hayoz/Forstmoser 147
26) von Steiger W. 295, 368
27) Benz 29 ff, von Steiger W. 295
28) Benz 140 f, vgl. auch vorne 66
29) vgl. Funk Art. 722 N 1, Bürgi Art. 722 N 8 ff, von Steiger F. 229, Thalmann 22 f, BGE 100 IV 172, SJZ 71/1975 248; dagegen ist umstrittener die Treuepflicht der Aktionäre, vgl. dazu von Steiger W. 296 f
30) Gutzwiller Art. 902 N 5

Die Pflicht der geschäftsführenden Verwaltungsmitglieder zur Herausgabe von persönlich erhaltenen Zuwendungen ergibt sich nicht nur aus diesem allgemeinen Grundsatz der Treuepflicht, sondern auch aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft. Nach herrschender Meinung stellt die Beziehung zwischen dem Organ und der Gesellschaft ein auftragsähnliches dar,[31] oder ist, insbesondere wenn Dritte mit der Geschäftsführung betraut werden, als Arbeitsvertrag zu bezeichnen.[32] Demzufolge ist das Organ als Beauftragter nach Art. 400 OR zur Herausgabe der Zuwendungen verpflichtet, ebenso der aus Arbeitsvertrag Verpflichtete nach Art. 321 b OR.

2. Der Schmiergelder im Besonderen

Jede Zuwendung, die Schmiergeldcharakter hat,[33] verstösst gegen die guten Sitten. Deshalb ist eine Schmiergeldvereinbarung nach Art. 20 OR nichtig.[34] Dies hat zwar zur Folge, dass der Schmierende das Schmiergeld - mit dem ein unsittlicher Erfolg angestrebt wird - nach Art. 66 OR nicht mehr zurückfordern [35] und der Empfänger keine Erfüllung eines Schmiergeldversprechens verlangen kann.[36] An der Herausgabepflicht des Geschäftsführers an den Geschäftsherrn ändert aber die Tatsache, dass die Zuwendung sittenwidrig erlangt wurde, nichts.[37]

---

31) so Bürgi Art. 708 N 14, von Steiger F. 220, Thalmann 14; a.M. Becker Art. 394 N 3, da die rechtliche Stellung der Organe durch das Gesellschaftsrecht bestimmt werde
32) von Steiger F. 398 f, vgl. auch vorne 55
33) vorne 126
34) BGE 95 II 38 f, Hirzel 50 ff
35) BGE 95 II 40 ff, vgl. BGE 74 II 27 ff; vom Rückforderungsanspruch nicht ausgeschlossen ist dagegen ein überwiesener Geldbetrag, der erst vom Empfänger für Schmiergelder verwendet werden soll, da diese erste Ueberweisung noch nicht rechts- oder sittenwidrig sei, so BGE 99 Ia 419 ff
36) Hirzel 54
37) Hirzel 76 ff, insbesondere 90

IV. Die Annahme von Schmiergeldern durch den Geschäftsführer als ungetreue Geschäftsführung

1. Einleitende Bemerkungen

In diesem Abschnitt werden wir uns der Frage zuwenden, ob und inwieweit die Annahme von Schmiergeldern als ungetreue Geschäftsführung qualifiziert werden kann.
Richtet ein Geschäftsführer seinerseits Schmiergelder oder andere Zuwendungen an einen Dritten aus, ohne einen entsprechenden Gegenwert zu erlangen, so wird in der Regel ein Vermögensschaden entstehen; diese Tätigkeit des Geschäftsführers müsste als ungetreue Geschäftsführung betrachtet werden, sofern sein Handeln in concreto pflichtwidrig war, was allerdings entfallen würde, wenn der Geschäftsherr seine Zustimmung zur Ausrichtung von Zuwendungen gegeben hätte.
Der Nachweis eines Vermögensschadens wird sich dann als schwierig erweisen, wenn ein Geschäftsführer geltend macht, dass ein für den Geschäftsherrn vorteilhaftes Geschäft nur dank der Ausrichtung einer Zuwendung an den Geschäftspartner zustandekommen konnte. Uebersteigt jedoch die Höhe der Zuwendung den aus dem Geschäft erzielten Vorteil, so liegt ein Schaden vor und die Voraussetzungen einer ungetreuen Geschäftsführung sind gegeben; andernfalls müsste auf eine Verfolgung des Schmiergeldgebers wegen ungetreuer Geschäftsführung verzichtet werden. Denn Art. 159 StGB bedroht eine pflichtwidrige Geschäftsführung - selbst wenn sie als solche sittenwidrig ist - nur dann und insoweit, als sie eine Vermögensschädigung hervorgerufen hat. Fehlt ein solcher Schaden, so müssen zur Verfolgung des Schmiergeldgebers allenfalls andere Straftatbestände herangezogen werden.[38)]

---

38) vgl. dazu hinten 144 ff

2. Die Annahme von Schmiergeldern als Veruntreuung?

Ist das Schmiergeld, das einem Geschäftsführer übergeben wird, anvertrautes Gut? Würde sich demnach ein Schmiergeldempfänger einer Veruntreuung schuldig machen, wenn er den empfangenen Vorteil nicht an den Geschäftsherrn herausgibt? Das Bundesgericht hat in einem Entscheid diese Frage klar verneint. Anvertraut ist nach Meinung des Bundesgerichtes, "was jemand mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse eines andern zu verwenden, insbesondere es zu verwahren, zu verwalten oder abzuliefern" [39]. Nun ist es aber den Schmiergeldern gerade eigen, dass sie dem Geschäftsführer persönlich und ohne Wissen des Geschäftsherrn übergeben werden. Sie sind also gerade nicht anvertraut, sondern dem Geschäftsführer zur persönlichen und freien Verwendung übergeben [40]. Obwohl der Geschäftsherr einen zivilrechtlichen Anspruch auf das Schmiergeld geltend machen kann, so vermag diese Tatsache am Charakter des ausdrücklich persönlich übergebenen Geldes nichts zu ändern [41].
Ist das Schmiergeld nicht anvertraut, so kann der Schmiergeldempfänger auch nicht wegen Veruntreuung bestraft werden.

---

39) BGE 80 IV 55

40) Auch wenn die begrifflich weitere Umschreibung des Anvertraut-seins angewendet würde, wie sie Schultz, vgl. hinten 154, vorschlägt, könnte die Uebergabe von Schmiergeldern nicht als Anvertrauen bezeichnet werden; vgl. dazu auch Amsler 72 ff, hinten 153 f

41) so BGE 80 IV 55 f, Walder 50; anders wäre selbstverständlich zu entscheiden, wenn das Schmiergeld einem Geschäftsführer zuhanden seiner Firma übergeben, das Geld also von einem Dritten anvertraut würde, vgl. dazu BGE 94 IV 139

3. Die Subsumtion unter Art. 159 StGB

Zwei zeichnungsberechtigte Vorstandsmitglieder einer Wohngenossenschaft liessen sich von Firmen, die an Genossenschaftsbauten Arbeiten ausführten, persönliche Sondervergütungen auszahlen. Diese Annahme von Schmiergeldern wurde in einem Entscheid als ungetreue Geschäftsführung bezeichnet [42].

Eine Geschäftsführung kann objektiv gesehen durchaus pflichtgemäss geführt worden sein; so können die Kaufsbedingungen [43] nach allgemeinen Kriterien beurteilt branchenüblich sein. Aendert sich nun diese Beurteilung, wenn berücksichtigt wird, dass der Geschäftsführer bei der Geschäftsführung Schmiergelder empfangen hat?

Wie wir bei den vorangegangenen Erörterungen gesehen haben, besitzt der Geschäftsführer zivilrechtlich selbst dann einen Herausgabeanspruch, wenn der Geschäftsführer das Schmiergeld für sich persönlich und auch erst nachträglich erhalten hat. Verletzt der Geschäftsführer seine Herausgabepflicht, so kann, was noch zu zeigen ist, darin allein noch keine strafwürdige ungetreue Geschäftsführung gesehen werden. Nur jenes Verhalten kann als ungetreue Geschäftsführung bezeichnet werden, das durch Verletzung der pflichtgemässen Geschäftsführung das Vermögen des Geschäftsherrn schädigt. Ob die Annahme von Schmiergeldern diese Voraussetzung erfüllt, soll nun anhand der einzelnen Tatbestandselemente geprüft werden.

Zunächst muss der Täter in der von Art. 159 StGB verlangten typischen Geschäftsführerstellung tätig geworden sein [44], wobei zu beachten ist, dass der Geschäftsführerbegriff des

---

42) SJZ 50/1954 227

43) wir gehen hier im Sinne eines Modellfalles jeweils vom Kaufvertrag aus, in dessen Zusammenhang wohl am häufigsten Schmiergelder entrichtet werden

44) vgl. dazu vorne 31

Art. 159 StGB bedeutend enger gefasst ist als im zivilrechtlichen Bereich [45]. So hat das Bundesgericht festgehalten, dass einem Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft nicht a priori die hier geforderte Geschäftsführerstellung zukommt [46].
Es genügt aber nicht, dass der Geschäftsführer eine solche Stellung bekleidet hat; er muss zudem bei der Annahme des Schmiergeldes als Geschäftsführer gehandelt haben [47].
Wann jemand als Geschäftsführer handelt, wird bei der Beurteilung der Anwendungsfälle näher umschrieben [48].

Das Handeln des Geschäftsführers muss pflichtwidrig gewesen sein [49]. Bestehen zwischen dem Geschäftsführer und seinem Geschäftsherrn nicht abweichende Vereinbarungen, so gelten die gesetzlichen Vorschriften, wie sie für die verschiedenen Arten von Geschäftsführungen festgelegt sind. Verletzt der Geschäftsführer seine Pflicht, sämtliche Zuwendungen und Vorteile an den Geschäftsherrn herauszugeben, so handelt er pflichtwidrig. Wie bereits angetönt, genügt die Verletzung dieser Schuldpflicht allein zur Anwendung von Art. 159 StGB noch nicht. Die Herausgabe aller erhaltenen Zuwendungen gehört bereits zur internen Auseinandersetzung zwischen dem Geschäftsherrn und Geschäftsführer. In disem Stadium ist das eigentliche Geschäftsführungsverhältnis beendet, der Geschäftsführer tritt nun zum Zwecke dieser Auseinandersetzung dem Geschäftsherrn gegenüber und vertritt im Wesentlichen seine eigenen Interessen [50]. Es widerspräche auch dem Grundgedanken der Subsidiarität des Strafrechts, wenn jeder Verletzung einer zivilrechtlichen Schuldpflicht mit einer Strafdrohung begegnet würde [51].

---

45) vorne 37
46) BGE 100 IV 33
47) Walder 55, vgl. vorne 70 f
48) hinten 137 ff
49) vorne 76 ff
50) Zu dieser Zweistufigkeit der Geschäftsführungsverhältnisse, vgl. vorne 35
51) vgl. dazu Walder 58 f, vorne 48 f

Zusätzlich muss der Geschäftsführer durch die Annahme des Schmiergeldes seine Geschäftsführung pflichtwidrig geführt haben, indem er den eigenen Vorteil, das Schmiergeld, den Interessen des Geschäftsherrn vorgezogen hat [52].

Durch sein pflichtwidriges Verhalten muss der Geschäftsführer seinen Geschäftsherrn an dessen Vermögen geschädigt haben [53]. Dieser Schaden kann sich verschiedenartig darstellen. So kann der Verkaufspreis erhöht worden sein, damit aus dem Mehrerlös die Provision entrichtet werden kann. Oder dann hat der Geschäftsführer, um den Empfang der Provision nicht zu gefährden, darauf verzichtet, einen möglichst günstigen Preis auszuhandeln, was aber zweifellos seine Pflicht gewesen wäre [54]. Im ersten Fall liegt der Schaden in einer eigentlichen Vermögensverminderung, im zweiten in einer unterlassenen Vermögensvermehrung.

Entscheidend wird die Frage sein, ob die Annahme des Schmiergeldes für die Vermögensschädigung kausal war oder nicht [55]; mit anderen Worten, wäre der Schaden verhindert worden, wenn der Geschäftsführer das Schmiergeld nicht angenommen und stattdessen eine Preisreduktion verlangt hätte.
Anhand von drei Modellsituationen soll nun dargelegt werden, wo die Grenzen der ungetreuen Geschäftsführung, begangen durch die Annahme von Zuwendungen, gezogen werden können.

a) Nachträgliche Zuwendungen
Zunächst kann festgehalten werden, dass jene Zuwendung, die erst nach Abschluss der Geschäftsführung gegeben oder versprochen wird, keinen Einfluss auf diese Geschäftsführung mehr haben kann. Diese Zuwendung muss deshalb als Schenkung und nicht als Schmiergeld bezeichnet werden; die Annahme der Zuwendung war somit auch nicht kausal für eine allfällige pflichtwidrige Geschäftsführung. Dieser Sachverhalt kann

---

52) vorne 33 ff
53) vorne 83 ff
54) vgl. dazu Walder 57
55) zur Kausalität, vgl. vorne 93 f

demzufolge nicht Gegenstand einer ungetreuen Geschäftsführung bilden; daran ändert auch die Verletzung einer zivilrechtlichen Herausgabepflicht nichts, da die Nicht-Ablieferung der Zuwendung nicht mehr Bestandteil der Geschäftsführung bildet [56].

b) Zuwendungen während der Geschäftsführung

Wie sind aber jene Zuwendungen zu beurteilen, die bereits während der Geschäftsführung gegeben oder in Aussicht gestellt werden und die, da sie den Geschäftsführer letztlich zu pflichtwidrigem Verhalten veranlassen sollen, als Schmiergelder zu bezeichnen sind? Damit der Vorwurf der ungetreuen Geschäftsführung nicht erhoben werden kann, muss der Geschäftsführer versucht haben, trotz des Schmiergeldes möglichst optimale Bedingungen für seinen Geschäftsherrn auszuhandeln. So etwa durch einen ausdrücklichen Verzicht auf das Schmiergeld mit dem Ziel, dass der Preis um den Betrag des Schmiergeldes gesenkt werden soll. Dringt er damit nicht durch - unter Umständen haben die Geschäftspartner ein Interesse an einem möglichst hohen nominellen Verkaufspreis - so hat der Geschäftsführer seine Geschäftsführung durchaus pflichtgemäss geführt [57]. Dass der Geschäftsführer, der pflichtgemäss gehandelt hat, die Zuwendung trotzdem akzeptiert, kann ihm vom strafrechtlichen Gesichtspunkt des Art. 159 StGB nicht zum Vorwurf gemacht werden. Der Verkaufspreis war wohl um den Betrag des Schmiergeldes übersetzt; dies recht-

---

56) so das Bundesgericht in einem nicht publizierten Entscheid vom 14. Juni 1968, wo der Präsident einer Baugenossenschaft für diese und im Auftrag einer zweiten Genossenschaft Grundstücke erwarb. Am Tage nach dem Grundbucheintrag erhielt er persönlich eine Provision, ohne die Genossenschaft davon in Kenntnis zu setzen. Nach Bekanntwerden der Zuwendung überwies er den beiden Genossenschaften anteilmässig die Provision. Es wurde als erwiesen betrachtet, dass der Geschäftsführer die Ankündigung einer Provision nicht ernst genommen habe und dass er deswegen von seinen Dispositionsbefugnissen keinen dem Vermögen der Genossenschaften nachteiligen Gebrauch gemacht habe; vgl. dazu Walder 56 f

57) vgl. Walder 58; im Verhalten des Geschäftspartners könnte allenfalls eine versuchte Anstiftung gesehen werden, die jedoch straflos ist, vgl. dazu hinten 141 ff

fertigt den zivilrechtlichen Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn, die Handlung des Geschäftsführers war deswegen aber nicht pflichtwidrig. Deshalb, und insbesondere weil keine Kausalität zwischen der Annahme des Schmiergeldes und dem Schaden vorliegt, begeht der Geschäftsführer keine ungetreue Geschäftsführung.

Es besteht kein Grund, diesen pflichtgemäss handelnden Geschäftsführer anders zu beurteilen als jenen, der eine Zuwendung erst nachträglich erhält. Die Verletzung der zivilrechtlichen Herausgabepflicht allein erfüllen die Voraussetzungen von Art. 159 StGB ja noch nicht [58].

Hat aber der Geschäftsführer, mit Rücksicht auf ein bereits erhaltenes oder versprochenes Schmiergeld, erst gar nicht versucht, für den Geschäftsherrn möglichst günstige Bedingungen auszuhandeln, obwohl dies möglich gewesen wäre, sondern - im Extremfall - die Offerte gerade so, wie sie gestellt wurde, akzeptiert, so handelt er ohne Zweifel pflichtwidrig. Denn er hat seinen eigenen Vorteil den Interessen des Geschäftsherrn vorgezogen [59]. Die Annahme des Schmiergeldes war somit kausal für den Vermögensschaden. Dieser Schaden besteht zumindest in dem um den Betrag des Schmiergeldes übersetzten Verkaufspreis. Denn in Wirklichkeit stellt das Schmiergeld eine Preisreduktion, eine Art Rückerstattung dar [60], die zivilrechtlich dem Geschäftsherrn zukommen muss. Unter Umständen kann der Schaden auch grösser als der Betrag des Schmiergeldes sein, dann nämlich, wenn der Geschäftsführer, durch das Schmiergeld geblendet, einen auch objektiv übersetzten Verkaufspreis akzeptiert hat. In diesem Fall müsste aber bereits die Geschäftsführung als solche, auch ohne Empfang eines Schmiergeldes, als pflichtwidrig bezeichnet werden.

---

58) vorne 136
59) vgl. dazu Walder 57 f
60) so SJZ 50/1954 228

c) Neutrale Zuwendungen

Schliesslich ist noch jener Fall zu betrachten, da einem Geschäftsführer ohne direkten Zusammenhang mit einer aktuellen oder bevorstehenden Geschäftsführung ein Schmiergeld übergeben wird, um ihn allgemein für eine künftige Geschäftsbeziehung günstig zu stimmen. Dieser Sachverhalt kann jedoch für Art. 159 StGB solange nicht relevant sein, als der Geschäftsherr nicht durch eine pflichtwidrige Geschäftsführung am Vermögen geschädigt worden ist. Allerdings wird durch diese Zuwendung die Gefahr erhöht, dass sich der Geschäftsführer in Zukunft pflichtwidrig verhalten könnte. Art. 159 StGB ist aber ein Verletzungs- und kein Gefährdungsdelikt. Deshalb ist er erst dann anwendbar, wenn infolge des Schmiergeldempfanges tatsächlich eine Vermögensschädigung eingetreten ist.

Grundsätzlich ist somit festzuhalten, dass das entscheidende Kriterium zur Eingrenzung der ungetreuen Geschäftsführung die Frage ist, ob die Annahme des Schmiergeldes auf den Verlauf der Geschäftsführung Einfluss nehmen konnte und für den Eintritt des Vermögensschadens kausal war.
Es stellt sich noch die Frage, wann das Delikt vollendet ist. Ist es vollendet, wenn der nachteilige Vertrag abgeschlossen ist, wenn der Geschäftsführer das Schmiergeld erhalten hat oder erst, wenn es der Geschäftsführer unterlässt, bei der Abrechnung mit dem Geschäftsherrn diesem das Schmiergeld abzuliefern? Wir haben gesehen, dass die ungetreue Geschäftsführung mit Eintritt des Vermögensschadens vollendet ist [61]. Das gilt auch hier. Grundsätzlich ist mit Abschluss des nachteiligen Vertrages das Vermögen des Geschäftsherrn geschädigt [62]. Wohl besitzt der Geschäftsherr nach Art. 400 OR gegen den Geschäftsführer einen Herausgabeanspruch, mit dem er das Schmiergeld verlangen kann, das in der Regel

---

61) vorne 91
62) vorne 91 f

der Höhe des Schadens entspricht. Dieser Anspruch auf Ersatz des Schadens hat auf dessen Entstehung aber keinen Einfluss, zumal der Geschäftsherr ihn auch nicht geltend machen kann, bevor er nicht Kenntnis von der Ausrichtung eines Schmiergeldes erhalten hat.[63] Die nachträgliche Ablieferung des Schmiergeldes stellt lediglich die Deckung eines bereits eingetretenen Schadens dar. Auch ein vorübergehender Schaden genügt indessen, dass das Delikt vollendet ist.[64] Kein Schaden ist hingegen dann entstanden, wenn der Geschäftsführer zugleich mit dem Vertragsabschluss das Schmiergeld dem Geschäftsherrn herausgibt oder die Herausgabe in Aussicht stellt, womit die Geltendmachung einer schadensausgleichenden Ersatzforderung nach Art. 400 OR möglich wird.[65] Ein solcher Schadensausgleich hat wohl zugleich mit der Schadensentstehung zu erfolgen. Diese Gleichzeitigkeit muss aber auch dann noch als gegeben bezeichnet werden, wenn der Schadensausgleich bei der Rechenschaftsablegung erfolgt, die innert nützlicher Frist nach Vertragsabschluss stattfindet.[66]

4. Das Geben von Schmiergeldern durch den Geschäftspartner als Anstiftung zu Art. 159 StGB

Wie ein Geschäftsführer, der seinerseits Zuwendungn an einen Geschäftspartner übergibt, zu beurteilen ist, darauf haben wir bereits in den einleitenden Bemerkungen hingewiesen.[67] Wenn sich aber ein Geschäftsführer durch die Annahme von Schmiergeldern gegebenenfalls einer ungetreuen Geschäftsführung schuldig macht, so stellt sich die Frage, ob der Geschäftspartner, der das Schmiergeld gibt, wegen Anstiftung zu einer ungetreuen Geschäftsführung belangt werden kann.[68]

---

63) vgl. dazu Ardinay ZStrR 86 246
64) vorne 86 f
65) zum Schadensausgleich, vorne 84
66) vgl. dazu Schwander ZStrR 78 349
67) vorne 133
68) dass der anstiftende Dritte die entsprechenden Sondereigenschaften besitzen muss, ist nicht erforderlich, vgl. vorne 120

Durch die Anstiftung wird beim zukünftigen Täter der Entschluss zur Begehung einer strafbaren Tat hervorgerufen. Uebergibt ein Geschäftspartner einem Geschäftsführer ein Schmiergeld, so gibt er diesem einen Anreiz, eine ungetreue Geschäftsführung zu begehen, indem er einen für den Geschäftsherrn ungünstigen Vertrag abschliesst; somit ist Anstiftung zu einer ungetreuen Geschäftsführung durchaus denkbar.[69] Voraussetzung ist allerdings, dass der Anstifter vorsätzlich handelt; dies bedeutet, dass der Anstifter einen anderen verleiten will und dass er auch die Tatbegehung durch den Täter will.[70] Der Anstifter muss somit die Strafbarkeit der Haupttat kennen, ohne jedoch die besonderen Schuldmerkmale selber verwirklichen zu müssen.[71]
Der Geschäftspartner, der das Schmiergeld dem Geschäftsführer persönlich zuwendet, zielt gerade darauf ab, dass der Geschäftsführer infolge dieser Zuwendung einen ungünstigen Vertrag eingeht und dadurch seinen Geschäftsherrn beim Vertragsabschluss um den Betrag des Schmiergeldes - das ja als eine Art Preisreduktion bezeichnet werden muss - an dessen Vermögen schädigt. Es genügt, wenn der Geschäftspartner zumindest mit dolus eventualis handelt, damit eine strafbare Anstiftung vorliegen kann. Der Geschäftspartner wird allerdings einwenden, dass er mit der Bezahlung eines Schmiergeldes lediglich die Förderung seiner eigenen Geschäftsinteressen - den Abschluss des Vertrages - beabsichtigt habe. Dieses Argument allein rechtfertigt eine strafbare Anstiftung jedoch nicht. Zudem kann durch die Auszahlung eines Schmiergeldes in der Regel finanziell kein besseres Ergebnis erzielt werden, da ohne Schmiergeldzahlung wohl eine Preisreduktion hätte zugestanden werden müssen.
Einschränkend muss doch festgehalten werden, dass beim Geschäftspartner das eigene Geschäftsinteresse im Vordergrund

---

69) zu den verschiedenen Anstiftungsmitteln, vgl. Schultz I 232
70) Baumann 586, Jescheck 522
71) Schultz I 233

stehen kann, ohne deshalb den Geschäftsführer vorsätzlich zu einer ungetreuen Geschäftsführung anstiften zu wollen. Selbst wenn er dabei zur Erreichung seiner Ziele ein verwerfliches Mittel wie das Schmiergeld einsetzt, muss dies zumindest unter dem Gesichtspunkt des Art. 159 StGB unberücksichtigt bleiben.

Ob in der Auszahlung eines Schmiergeldes tatsächlich eine Anstiftung zu einer ungetreuen Geschäftsführung gesehen werden kann, wird deshalb vorwiegend von der Beurteilung des subjektiven Tatbestandes der Anstiftung abhängig sein, was aber nur in Kenntnis des jeweiligen Sachverhaltes geschehen kann.

Keine Anstiftung liegt dann vor, wenn die Initiative zur Auszahlung eines Schmiergeldes vom Geschäftsführer selbst ausgeht. Die Mitwirkung des Geschäftspartners, der das Schmiergeld auszahlt, ist hier als straflose notwendige Teilnahme zu bezeichnen.[72)]

Geht ein Geschäftsführer auf ein Schmiergeldangebot gar nicht ein, so liegt allenfalls versuchte Anstiftung vor, die jedoch nicht strafbar ist (Art. 24 Abs. 2 StGB). Ebenfalls strafloser Anstiftungsversuch ist gegeben, wenn der Geschäftsführer auf ein Schmiergeldangebot zwar eingeht, diese Zuwendung aber mit dem Geschäftsherrn ordnungsgemäss abrechnet, er also weder eine ungetreue Geschäftsführung begeht noch diese Tat versucht.[73)]

5. Zusammenfassende Beurteilung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung durchaus einen Beitrag zur allgemeinen Bekämpfung des Schmiergeldunwesens leisten kann. Wir haben gesehen, dass unter bestimmten Voraussetzungen die Hingabe von Schmiergeldern durch den Geschäftsführer wie

---

72) vgl. dazu BGE 80 IV 32, Trechsel 68 ff
73) vgl. Schultz I 234

auch den Geschäftspartner eine ungetreue Geschäftsführung respektive Anstiftung dazu darstellen kann; wesentlich erscheint uns, dass auch der Empfang von Schmiergeldern, unter Beachtung der notwendigen Einschränkungen, als ungetreue Geschäftsführung und somit als strafbar qualifiziert werden kann. Der Strafdrohung des Art. 159 StGB kann sich der pflichtwidrig handelnde Schmiergeldempfänger nur dadurch entziehen, dass er das Schmiergeld rechtzeitig seinem Geschäftsherrn abliefert.[74] Dass der Geschäftsführer das Schmiergeld, auch abgesehen von der zivilrechtlichen Herausgabepflicht, nicht für sich behalten kann, mindert den Anreiz, auf Schmiergeldangebote überhaupt einzugehen, doch erheblich.

V. Weitere Tatbestände zur Bekämpfung des Schmiergeldunwesens

Zum Schluss möchten wir noch kurz auf die anderen strafrechtlichen Tatbestände hinweisen, die ebenfalls, wenn auch nur unter bestimmten Voraussetzungen, zur Bekämpfung des Schmiergeldunwesens herangezogen werden können.

1. Aktive und passive Bestechung (Art. 288 und 315 StGB)

Empfängt jemand als Mitglied einer Behörde, als Beamter, zur Ausübung des Richteramtes berufene Person, als Schiedsrichter, amtlich bestellter Sachverständiger, Uebersetzer oder als Dolmetscher für eine künftige, pflichtwidrige Amtshandlung eine Zuwendung, so macht er sich der passiven Bestechung schuldig (Art. 315 StGB). Wer den genannten Personen oder einem Angehörigen des Heeres eine Zuwendung für eine künftige, pflichtwidrige Amts- oder Dienstpflichtverletzung zukommen lässt, begeht eine aktive Bestechung (Art. 288 StGB).

---

74) bei diesem Sachverhalt könnte auf Seiten des Geschäftspartners lediglich strafloser Anstiftungsversuch vorliegen, vgl. vorne 138 N 57 und 143

Umstritten ist, was unter Amtspflichtverletzung zu verstehen ist. Während Schwander und das Bundesgericht darin eine Handlung sehen, die keine eigentliche Amtshandlung zu sein braucht, sondern nur gegen die Amtspflicht verstossen muss und in Ausnützung der amtlichen Stellung zu erfolgen hat,[75] verlangt Stratenwerth, dass sie eine eigentliche unsachliche Amtsausübung darstellen muss.[76]
Vollendet sind die Delikte nicht erst mit einer tatsächlichen Pflichtverletzung, sondern bereits mit dem Fordern, Annehmen oder Sich-versprechen-lassen der Zuwendung respektive bei deren Anbieten, Versprechen oder Hingabe.[77] Art. 288 und 315 StGB sind somit Gefährdungsdelikte.
Nimmt ein Beamter ein Schmiergeld entgegen und erfüllt er dabei den Tatbestand der ungetreuen Amtsführung,[78] so besteht zwischen Art. 314 und 315 StGB unechte Gesetzeskonkurrenz, wobei Art. 314 StGB als die speziellere Bestimmung vorgeht.[79] Wenn aber ein Geschäftsführer im Sinne von Art. 159 StGB eine der in Art. 288 StGB genannten Personen aktiv besticht, so ist zwischen Art. 159 und 288 StGB Idealkonkurrenz anzunehmen, da die beiden Tatbestände verschiedene Rechtsgüter schützen.

2. Die Annahme von Geschenken (Art. 316 StGB)

Hier kann weitgehend auf das soeben Ausgeführte verwiesen werden. Auch die Konkurrenzfrage ist hier gleich zu entscheiden. Ein wesentlicher Unterschied liegt jedoch darin, dass die Annahme, das Fordern oder Versprechen-lassen eines Vorteiles für eine ebenfalls künftige, aber pflichtgemässe

---

75) Schwander 509, BGE 72 IV 183 f, 77 IV 49
76) Stratenwerth 642 f
77) vgl. dazu Schwander 509, Hafter II 557 und 759 f, BGE 100 IV 56
78) die für Art. 159 StGB getroffene Eingrenzung ist sinngemäss auch hier anzuwenden.
79) vgl. Thormann/von Overbeck Art. 314 N 7

Amtshandlung mit Strafe bedroht wird. Art. 316 StGB stellt somit eine Ergänzung zu Art. 315 StGB dar.[80] Beamtenrechtlich ist dagegen das Verbot der Annahme von Geschenken nicht auf künftige Amtshandlungen beschränkt. So ist für den Bundesbeamten jegliche Annahme von Geschenken untersagt, sofern sie im Hinblick auf die amtliche Stellung des Beschenkten gegeben werden.[81] Widerhandlungen gegen dieses Verbot werden disziplinarisch geahndet, wobei die Bestrafungsmöglichkeiten von der Busse bis zur disziplinarischen Entlassung reichen.[82] Neben der disziplinarischen kann allenfalls auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit zum Tragen kommen.[83] Analoge Regelungen bestehen auch in den kantonalen Beamtenrechten.[84]

3. Weitere Bestechungstatbestände des Strafgesetzbuches

Der Vollständigkeit halber sind noch zwei, wenn auch sehr spezifische Tatbestände des Strafgesetzbuches anzuführen, die ebenfalls die Bestechung unter Strafe stellen, nämlich der Stimmenkauf im Konkursverfahren (Art. 168 StGB) sowie die Wahlbestechung (Art. 281 StGB).

---

80) Schwander 508, Stratenwerth 639 ff

81) so Art. 26 des Bundesgesetzes vom 30. Juni 1927 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten - SR 172.221.10

82) Art. 31 des Bundesgesetzes vom 30. Juni 1927, vgl. N 81

83) Art. 18 des Bundesgesetzes vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) - SR 170.32; vgl. Hafter II 829

84) so im Kanton Bern: Art. 16 des Gesetzes vom 7. Februar 1954 über das Dienstverhältnis der bernischen Staatsverwaltung; in Zürich: § 10 der Verordnung vom 15. März 1948 über die Amtsstellung und Besoldung der Beamten und Angestellten der Verwaltung und der Rechtspflege; in St. Gallen: Art. 18 der Dienst- und Besoldungsordnung für das Staatspersonal vom 30. März 1971; oder auch in Solothurn: § 28 des Gesetzes vom 23. November 1941 über das Staatspersonal.

4. Der Bestechungstatbestand des UWG [85]

Nach Art. 13 lit. e UWG macht sich des unlauteren Wettbewerbs schuldig, wer vorsätzlich "Dienstpflichtigen, Beauftragten oder Hilfspersonen eines Dritten Vergünstigungen gewährt oder anbietet, die diesen nicht gebühren, um durch pflichtwidriges Verhalten dieser Personen bei ihren dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen sich oder einem andern Vorteile zu verschaffen". Der Täter wird auf Antrag mit Gefängnis oder Busse bestraft.

Diese Form der aktiven Bestechung ist nur dann strafbar, wenn ein Angestellter bestochen wird; dagegen ist die Bestechung des Geschäftsinhabers selbst nicht tatbestandsmässig, da sich der Inhaber kaum zu seinem eigenen Nachteil wird beeinflussen lassen.[86]

Wesentlich ist für Art. 13 UWG, dass grundsätzlich zwischen dem Täter und dem Verletzten zur Zeit der Tat ein wirtschaftliches Wettbewerbsverhältnis bestand.[87] Eine Ausnahme gilt unter anderen auch für die lit. e, wonach sich auch Dritte, nicht direkt am Wettbewerb Beteiligte einer Bestechung schuldig machen können.[88]

Gleich wie bei Art. 288 und 315 StGB ist auch hier nicht erforderlich, dass der Bestochene tatsächlich eine Pflichtverletzung begangen hat; das Delikt ist bereits mit dem Anbieten eines Vorteiles vollendet, weshalb der Bereich des Versuches stark eingeengt ist. Auch muss nicht notwendigerweise ein Schaden eingetreten sein.[89]

Bedeutungsvoll ist, dass die Bestechung hier kein Offizialdelikt ist, sondern nur auf Antrag der Mitbewerber, der Kunden sowie allenfalls der Berufs- und Wirtschaftsverbände

---

85) Bundesgesetz vom 30. September 1943 über den unlauteren Wettbewerb - SR 241
86) von Büren, Straftatbestand des UWG 18
87) BGE 92 IV 39, wo auch der Begriff des wirtschaftlichen Wettbewerbs umschrieben wird, vgl. BGE 98 IV 229
88) so BGE 92 IV 42
89) vgl. dazu Germann, Wettbewerb 347

strafbar ist.[90]

Nach UWG kann also nur der aktiv Bestechende verfolgt werden und nur im Bereich des wirtschaftlichen Wettbewerbs. Wegen dieser Begrenzung und der Tatsache, dass bei einer Bestechung stets beide Teile ein Interesse an deren Geheimhaltung haben, erstaunt es kaum, dass bislang noch keine Bundesgerichtsentscheide zu diesem Tatbestand ergangen sind, auch nicht zum zivilrechtlichen Paralleltatbestand von Art. 1 Abs. 2 lit. e UWG.[91]

Wäre ein bestechender Geschäftsführer sowohl nach Art. 159 StGB wie auch nach Art. 13 lit. e UWG zu beurteilen, so müsste Idealkonkurrenz angenommen werden, da auch hier zwei verschiedene Rechtsgüter - das Vermögen des Geschäftsherrn einerseits, der lautere Wettbewerb andererseits - verletzt werden.

Der aktiv bestechende Mitbewerber, der einem Geschäftsführer ein Schmiergeld entrichtet, kann sich nebst einer Bestrafung nach UWG allenfalls einer Anstiftung zu ungetreuer Geschäftsführung schuldig machen,[92] sofern der bestochene Geschäftsführer infolge der Schmiergeldzahlung eine ungetreue Geschäftsführung begeht.

---

90) von Büren, Kommentar 212
91) vgl. von Büren, Kommentar 154, Straftatbestand des UWG 18
92) vorne 141 ff

§ 14 ABGRENZUNGS- UND KONKURRENZFRAGEN

I. Zu den einzelnen Konkurrenzbegriffen

1. Ideal- und Realkonkurrenz

Idealkonkurrenz liegt vor, wenn eine auf einem einheitlichen Willensentschluss basierende Handlung zugleich mehrere verschiedene Tatbestände (ungleichartig Idealkonkurrenz) oder den gleichen Tatbestand mehrmals (gleichartige) erfüllt [1].

Von der gleichartigen Idealkonkurrenz ist das fortgesetzte Delikt zu unterscheiden, wobei, nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, aufgrund eines einheitlichen Willensentschlusses ein gleiches oder ähnliches Delikt mehrmals begangen wird [2]. Das fortgesetzte Delikt wird als einheitliche Handlung betrachtet und somit von der Anwendbarkeit des Art. 68 StGB ausgenommen [3].

Im Unterschied zur Idealkonkurrenz spricht man von Realkonkurrenz, wenn ein Täter durch mehrere unabhängige Handlungen verschiedene oder den gleichen Tatbestand mehrmals erfüllt hat. Bei Realkonkurrenz liegt also eine Handlungsmehrheit vor, während Idealkonkurrenz Handlungseinheit voraussetzt [4].

In diesen Konkurrenzsituationen, sei es, dass mehrere strafbare Handlungen, sei es, dass mehrere Strafbestimmungen zusammentreffen, werden die Straftaten für die Festlegung der Strafe gemäss Art. 68 StGB zusammengefasst und gemeinsam beurteilt. Auszugehen ist dabei von der schwersten Tat,

---

1) Schultz I 104, Schwander 153 u.a.
2) BGE 97 IV 120 f und 90 IV 131 f mit Verweis auf frühere Entscheide, Thormann/von Overbeck Art. 68 N 12; kritisch dazu Schultz I 104, Schwander 157
3) Schultz I 104, Schwander 157, vgl. Germann, Verbrechen 85 f
4) Schwander 155, vgl. Schultz I 104, Hafter AT 373

im Sinne der Strafdrohung [5], deren Strafe angemessen zu erhöhen ist.
Da in Art. 68 StGB zwischen Ideal- und Realkonkurrenz kein Unterschied gemacht wird, ist eine Unterteilung in diese beiden Konkurrenzformen vorwiegend von theoretischer Bedeutung [6].

2. Die unechte Gesetzeskonkurrenz

Die Annahme einer Ideal- oder Realkonkurrenz ist immer dann ausgeschlossen, wenn unechte Gesetzeskonkurrenz vorliegt, wenn also "die Handlung zwar die Merkmale mehrerer Delikte verwirklicht, aber eine einzige Bestimmung den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat nach allen Richtungen erfasst" [7] und damit die anderen Bestimmungen ausser Betracht fallen.
Nach übereinstimmenden Auffassungen liegt unechte Gesetzeskonkurrenz, in Form der unechten Idealkonkurrenz [8], im Falle der Spezialität und Konsumtion vor [9]. Von Spezialität spricht man, wenn "ein Straftatbestand sämtliche Merkmale eines anderen und darüber hinaus noch andere, nur ihm eigene, besitzt" [10]. Die Spezialität ist vor allem zwischen einem Grundtatbestand und dessen abgewandelten, qualifizierenden oder privilegierenden, Tatbeständen zu finden, wobei der speziellere Tatbestand vorgeht [11]. Bei Konsumtion ist in einem Tatbestand die Verletzung verschiedener Rechtsgüter zusammengefasst, wobei die einzelnen Rechtsgüter bereits in selbständigen Tatbeständen geschützt sind. Als Beispiel dient der Raub, der die Tatbestände des Diebstahls

---

5) BGE 93 IV 10
6) vgl. dazu Hafter AT 375 f
7) Schwander 150
8) Schultz I 106
9) Schwander 150 f, Schultz I 106, Hafter AT 349, Germann, Verbrechen 86 ff, Thormann/von Overbeck Art. 68 N 1
10) Schultz I 106
11) vgl. Schultz I 106, Schwander 150 f

und der Nötigung zugleich beinhaltet [12]. Als weitere Möglichkeit einer unechten Gesetzeskonkurrenz wird vielfach auch die Subsidiarität bezeichnet, bei der ein Rechtsgut vor verschieden schweren Beeinträchtigungen geschützt wird [13]. Schliesslich sieht Schultz in der Alternativität noch einen vierten Fall einer unechten Gesetzeskonkurrenz, wenn verschiedene Tatbestände ein Rechtsgut vor verschiedenen Angriffsarten schützen [14].

Als unechte Realkonkurrenz erscheint die unechte Gesetzeskonkurrenz in der Form der straflosen Vor- und Nachtat. Straflose Vortat ist jenes Handeln, das "nichts Anderes gewesen war als die unbedingt erforderliche Vorbereitung der späteren Tat", während jene Tat als straflose Nachtat bezeichnet wird, "die nichts weiter darstellt als die Sicherung und Verwertung des Gewinnes aus einer früheren Straftat" [15]. Das Bundesgericht hat sich aber in konstanter Praxis von der Lehre der straflosen Vor- und Nachtat distanziert und "zwischen den Einzelhandlungen eines Tatkomplexes ständig Realkonkurrenz angenommen, soweit nicht dem Sinn des Strafgesetzes deutlich zu entnehmen ist, dass die für die Haupttat ausgefällte Strafe auch die Vor- oder Nachtat abgelten soll" [16]. Diese Rechtsprechung ermöglicht eine Strafschärfung nach Art. 68 StGB.

Unechte Gesetzeskonkurrenz und somit Ausschluss von Art. 68 StGB ist aber immer nur dann möglich, wenn alle fraglichen Straftaten gegen die Rechtsgüter der gleichen Person gerichtet sind. Stehen Rechtsgüter verschiedener Personen zur Diskussion, so ist echte Konkurrenz gegeben [17].

---

12) Schultz I 106
13) Schultz I 106, ferner Germann, Verbrechen 87 und Thormann/von Overbeck Art. 68 N 11; nach Schwander 152 lässt sich jedoch die Subsidiarität entweder als Spezialität oder als Konsumtion behandeln
14) Schultz I 106
15) Schultz I 106, vgl. ferner Schwander 161 ff, Hafter AT 376 ff, Germann, Verbrechen 87
16) BGE 94 IV 66 mit Verweisen auf frühere Entscheide, vgl. auch BGE 100 IV 243
17) Schultz I 107

II. Das Verhältnis der ungetreuen Geschäftsführung zu verwandten Tatbeständen

1. Zur Veruntreuung (Art. 140 StGB)

Beim Zusammentreffen von ungetreuer Geschäftsführung und Veruntreuung ist unechte Gesetzeskonkurrenz anzunehmen. Auf eine Straftat kann demzufolge nur die eine oder andere Strafbestimmung Anwendung finden; Idealkonkurrenz ist demnach ausgeschlossen. Dies kommt denn auch bereits in den Materialien zum Ausdruck, wo wiederholt die Veruntreuung als einzig anwendbarer Straftatbestand bezeichnet wird, sofern die Voraussetzungen beider Tatbestände gegeben sind [18]. Zu diesem Ergebnis kommt auch die heutige Lehre [19] und Praxis [20].

Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Delikten kann in der Praxis oft schwierig sein [21]. Trotzdem sind zwischen diesen beiden Tatbeständen recht bedeutsame Unterschiede festzustellen. In mancher Hinsicht werden an die Voraussetzungen der Veruntreuung als dem im Verhältnis zur ungetreuen Geschäftsführung spezielleren Tatbestand [22] erhöhte Anforderungen gestellt:

- So ist das Handlungsobjekt der Veruntreuung eine fremde, bewegliche Sache (Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) oder anvertrautes Gut im Sinne von vertretbarer Sache (Absatz 2) [23], bei der ungetreuen Geschäftsführung hingegen das Vermögen

---

18) 2. Exp.-Kommission 376, Botschaft 36
19) Graven SJK 4, Schwander 364, Stratenwerth 261, Hafter I 319 f, Walder 41, Nager 130 u.a.; Schwander 364 sieht dann die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz, wenn Art. 140 StGB mit der ungetreuen Geschäftsführung in seiner qualifizierten Form - Handeln aus Gewinnsucht - zusammentrifft
20) BJM 1956 83, PKG 1953 58, RS 1951 Nr. 129 45
21) wie dies Schmid SJZ 68/1972 118 ff recht eindrücklich aufzeigt; vgl. auch Hochstrasser, Kriminalistik 1967 156
22) vgl. Graven SJK 4
23) vgl. Germann, Taschenausgabe 240 f, Walder 42

allgemein [24].

- Art. 140 StGB verlangt, dass die Sache oder das Gut dem Täter anvertraut war. Bei Art. 159 StGB wird eine Verfügungsmacht des Geschäftsführers über fremdes Vermögen vorausgesetzt.
- Bei Art. 140 StGB muss sich der Täter die fremde Sache aneignen oder muss das anvertraute Gut verwenden. Art. 159 StGB verlangt eine Schädigung des fremden Vermögens; eine Aneignungshandlung wird nicht vorausgesetzt [25].
- Schliesslich setzt im Gegensatz zur Veruntreuung die ungetreue Geschäftsführung - zumindest im Grundtatbestand - keine Bereicherungsabsicht voraus.
- Andererseits werden bei der ungetreuen Geschäftsführung - als Sonderdelikt ausgestaltet [26] - an den Täterkreis erhöhte Anforderungen gestellt; der Täter muss in der Eigenschaft als Geschäftsführer gehandelt haben. [27]

Aus obiger Darstellung wird ersichtlich, dass die Abgrenzungsschwierigkeiten der ungetreuen Geschäftsführung nicht so sehr zur Veruntreuung von anvertrauten Sachen im Sinne von Absatz 1 des Art. 140 Ziff. 1 StGB, sondern vermehrt zu Absatz 2 bestehen, worin der Veruntreuung ein ausgedehnterer Anwendungsbereich geschaffen wurde [28]. Denn im Verhältnis zu Absatz 1 fällt insbesondere das bedeutsame Kriterium der Aneignungshandlung ausser Betracht.
Praktisch von Bedeutung ist auch das Kriterium des "Anvertraut-sein", das sowohl für Absatz 1 wie 2 von Art. 140 Ziff. 1 StGB charakteristisch ist. Sind die Tatbestands-

---

24) vgl. dazu vorne 67 ff
25) die Betrachtungsweise, in der Aneignungshandlung das einzige Unterscheidungskriterium zu sehen, wie dies von Rechenberg, Kriminalistik 1962 584 tut, ist wohl zu eng
26) vgl. dazu vorne 27 f und 38 ff
27) zur Darstellung der Unterscheidungsmerkmale, vgl. v.a. Walder 42 f und Graven SJK 3 f
28) vgl. BGE 81 IV 233

merkmale sowohl der Veruntreuung wie auch der ungetreuen Geschäftsführung erfüllt, ist die Sache aber nicht anvertraut, fällt Veruntreuung ausser Betracht [29].

Nach Ansicht des Bundesgerichts ist anvertraut, "was jemand mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse eines andern zu verwenden, insbesondere es zu verwahren, zu verwalten oder abzuliefern" [30]. Demgegenüber schlägt Schultz die Formulierung vor, wonach eine Sache dann anvertraut ist, wenn sie "mit rechtlich beschränkter Verfügungsbefugnis überlassen wird, ohne dass eine unmittelbare Kontrolle der Verwendung möglich oder üblich ist", womit zB auch die Mietsache, die gemäss der bundesgerichtlichen Definiton nicht anvertraut wäre, da sie im eigenen und nicht in fremdem Interesse gebraucht wird, richtigerweise Gegenstand einer Veruntreuung sein kann [31]. Zudem werden mit der Definition von Schultz alle jene Fälle von der Veruntreuung ausgeschlossen, bei denen zugleich ein über- oder gleichgeordneter Gewahrsam an der Sache besteht. Wird unter diesen Gegebenheiten eine Aneignungshandlung begangen, wird fremder Gewahrsam gebrochen. Mithin liegt dann ein Diebstahl und keine Veruntreuung mehr vor [32].

---

29) vgl. etwa Schultz ZbJV 90/1954 470, PKG 1951 19; in BlZR 51/1952 359 ist wohl zu Unrecht Veruntreuung zugunsten der ungetreuen Geschäftsführung ausgeschlossen worden, da auch der Erlös aus dem Verkauf von anvertrauter Versandware als anvertraut zu gelten hat, da der Täter aufgrund eines Vertrauensverhältnisses in den Besitz der Ware gekommen ist, wie dies BGE 98 IV 24 ff voraussetzt

30) BGE 80 IV 55, ebenso 88 IV 18

31) Schultz ZbJV 98/1962 112, vgl. Amsler 70 ff

32) vgl. Walder 44; zur Abgrenzung zwischen Diebstahl und Veruntreuung, vgl. v.a. Amsler 40 ff

2. Zur ungetreuen Amtsführung (Art. 314 StGB)

Im Verhältnis zu Art. 159 StGB ist die ungetreue Amtsführung als der speziellere Tatbestand zu bezeichnen [33]. Zwischen den beiden Tatbeständen besteht unechte Gesetzeskonkurrenz, und zwar in der Form der Spezialität. In Art. 314 StGB werden denn auch die spezielleren Voraussetzungen gestellt:
Der ungetreue Amtsführer muss

- Mitglied einer Behörde oder Beamter sein;
- durch die Vornahme oder Unterlassung eines Rechtsgeschäftes die von ihm zu wahrenden öffentlichen Interessen schädigen - also nicht nur Vermögensinteressen wie in Art. 159 StGB [34];
- insbesondere in der Absicht gehandelt haben, sich oder einem anderen einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen.

Sind also diese Voraussetzungen von Art. 314 StGB erfüllt, so ist dieser Tatbestand unter Ausschluss von Art. 159 StGB allein anwendbar. Fehlt es aber an Tatbestandsmerkmalen von Art. 314 StGB, so ist, wie dies bereits angeführt wurde [35], Art. 159 StGB anwendbar, da auch eine Amtsführung als Geschäftsführung im Sinne dieses Artikels begriffen werden kann [36]. Soll jedoch eine Amtshandlung unter die ungetreue Geschäftsführung subsumiert werden, so muss der Täter - obwohl formell als Beamter bezeichnet - gleichwohl die Voraussetzungen, wie sie in Art. 159 StGB an den Geschäftsführer gestellt werden, erfüllen. Eine gegeben Beamteneigenschaft vermag diese bestenfalls zu indizieren.
Für die Beurteilung, ob ungetreue Geschäfts- oder Amtsführung vorliegt, ist auch das Handlungsobjekt entscheidend. Schädigt ein Beamter im Sinne der Legaldefinition von Art. 110 Ziff. 4 StGB nicht öffentliche Interessen, sondern privates Vermögen, so ist Art. 314 StGB nicht anwendbar [37].

---

33) so die einhellige Lehre und Praxis: Graven SJK 4, Hafter II 838, Germann, Verbrechen 291, Schwander 364, Thormann/von Overbeck Art. 159 N 8 u.a.; BGE 81 IV 230 ff, PKG 1951 60
34) vgl. BGE 101 IV 411 ff
35) vgl. vorne 32
36) vgl. BGE 88 IV 140 ff, 81 IV 230 ff
37) BGE 101 IV 411 f

Denn Art. 314 StGB schützt das öffentliche Interesse und nicht die Vermögenswerte von Privatpersonen. Eine solche Amtshandlung, die privates Vermögen schädigt, müsste demnach Art. 159 StGB unterstellt werden, sofern dem Beamten eine Geschäftsführerstellung zugesprochen werden könnte [38].

III. Das Verhältnis zu anderen Vermögensdelikten

Hier sollen nur jene Tatbestände angeführt werden, die in der Praxis am ehesten in Konkurrenz zur ungetreuen Geschäftsführung treten, nämlich: der Diebstahl (Art. 137 StGB), die Sachentziehung (Art. 143 StGB) und -beschädigung (Art. 145 StGB) sowie der Betrug (Art. 148 StGB).
Die Veruntreuung steht insofern dem Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung nahe, als in beiden Fällen der Täter bereits vor der deliktischen Handlung in Kontakt mit dem Handlungsobjekt steht, bei der Veruntreuung durch das Anvertrautsein der Sache, bei der ungetreuen Geschäftsführung durch die Fürsorgepflicht für Vermögenswerte. Bei den anderen Tatbeständen dagegen besteht vorgängig noch keine solche Beziehung. Begeht nun ein Geschäftsführer einen Diebstahl, eine Sachentziehung oder -beschädigung oder einen Betrug, so tritt zu diesen Tatbeständen jenes neue Moment hinzu, dass dem Täter eine spezielle Fürsorgepflicht gerade für jene Vermögensteile oblag, an denen das Opfer geschädigt wird. Dieses zusätzliche, dem Art. 159 StGB eigene Tatbestandsmerkmal wird in keinem der vier Tatbestände miterfasst. Deshalb rechtfertigt es sich, zwischen Art. 159 StGB und den erwähnten Tatbeständen die Möglich-

38) vgl. Schwander 508, a.M. Hafter II 837 N 2; in diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Vormund nicht als Beamter gilt, so BGE 76 IV 150 ff

keit einer Idealkonkurrenz anzunehmen [39], wogegen einer unterschiedlichen Lösung der einzelnen Konkurrenzfragen nicht zugestimmt werden kann, wie dies Nager und Hochstrasser vorschlagen [40].

---

39) so auch Walder 47, Graven SJK 4, Thormann/von Overbeck Art. 159 N 8, Logoz 195, Hafter I 320, SJZ 50/1954 150; a.M. Ostertag SJZ 35/1938/39 292, Zürcher 163, BlZR 67/1968 229 und Schultz ZbJV 111/1975 500

40) Nager 131: Idealkonkurrenz zu Art. 137 und 148, unechte Gesetzeskonkurrenz zu Art. 143 und 145 StGB; Hochstrasser, Kriminalistik 1967 156: Idealkonkurrenz zu Art. 143 und 145, unechte Gesetzeskonkurrenz zu Art. 148 StGB